



Tribunal de Contas da União

Secretaria das Sessões

PLENÁRIO

Sessão Extraordinária Pública

ATA Nº 38, DE 2 DE OUTUBRO DE 2018

Data da aprovação: *10 de outubro de 2018*

Data da publicação no D.O.U.: *16 de outubro de 2018*

Acórdãos apreciados por relação: *2275 a 2292*

Acórdãos apreciados de forma unitária: *2293 a 2317*



ATA 38, DE 2 DE OUTUBRO DE 2018
(Sessão Extraordinária do Plenário)

Presidência: Ministros Raimundo Carreiro e José Múcio Monteiro (Vice-Presidente)
Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva
Secretário das Sessões: AUFC Marcio André Santos de Albuquerque
Subsecretária do Plenário: AUFC Daniela Duarte do Nascimento

Às 10 horas e 6 minutos, o Presidente Raimundo Carreiro declarou aberta a sessão extraordinária do Plenário, com a presença dos Ministros Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo e dos Ministros-Substitutos Marcos Bemquerer Costa (convocado para substituir o Ministro Walton Alencar Rodrigues), André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira, bem como da Representante do Ministério Público, Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCU Cristina Machado da Costa e Silva.

Ausentes o Ministro Walton Alencar Rodrigues, em missão oficial, e o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, em férias.

HOMOLOGAÇÃO DE ATA

O Tribunal Pleno homologou a Ata 37, referente à sessão ordinária realizada em 26 de setembro de 2018 (Regimento Interno, artigo 101).

PUBLICAÇÃO DA ATA NA INTERNET

Os anexos desta ata, de acordo com a Resolução 184/2005, estão publicados na página do Tribunal de Contas da União na internet (www.tcu.gov.br).

SORTEIO ELETRÔNICO DE RELATOR DE PROCESSOS

De acordo com o parágrafo único do artigo 28 do Regimento Interno e nos termos da Portaria da Presidência 9/2011, entre os dias 27 de setembro e 2 de outubro, foi realizado sorteio eletrônico dos seguintes processos:

Processo: 034.722/2018-1

Interessado: Não há

Motivo do sorteio: Resolução - TCU nº 280/2016, artigos 8º a 11, 42 e 43

Tipo do sorteio: Sorteio de Relator de Processos de Obras

Relator sorteado: Ministro AROLDO CEDRAZ

Recurso: 000.930/2005-0/R001

Recorrente: Maria Amélia Sabbag Zainko

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: BENJAMIN ZYMLER

Recurso: 012.600/2007-3/R001

Recorrente: Maria Catarina de Sousa

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: AROLDO CEDRAZ

Recurso: 020.418/2007-1/R001



Recorrente: Roberto Smith
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AROLDO CEDRAZ

Recurso: 007.523/2008-0/R002
Recorrente: RAIMUNDO DE SOUSA
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AROLDO CEDRAZ

Recurso: 022.359/2010-9/R001
Recorrente: IRDES PRADELLA CIGNACHI
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: ANA ARRAES

Recurso: 029.522/2010-2/R003
Recorrente: Rita de Cássia Knabben
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Recurso: 033.054/2010-0/R004
Recorrente: MAURO LUIZ SOARES ZAMPROGNO
 ANGRAPORTO OFFSHORE LOGÍSTICA LTDA
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 033.054/2010-0/R005
Recorrente: ESTALEIRO MAUA S/A
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 031.912/2011-7/R001
Recorrente: Rita de Cássia Knabben
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 036.040/2012-6/R002
Recorrente: Carlo Busatto Junior
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: ANA ARRAES

Recurso: 002.702/2013-4/R001
Recorrente: MARIA GUIMARAES BIAGGI
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: VITAL DO RÊGO

Recurso: 007.682/2014-0/R003
Recorrente: Francisco Edilton Alencar
Motivo do sorteio: Recurso de revisão
Relator sorteado: BRUNO DANTAS



Recurso: 031.890/2014-8/R002
Recorrente: Jair Antonio Meneguelli
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 031.890/2014-8/R003
Recorrente: DOUGLAS MARTINS DE SOUZA
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 031.890/2014-8/R004
Recorrente: Rogério Aurélio Pimentel
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 031.890/2014-8/R005
Recorrente: Marlene Araújo Lula da Silva
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 031.890/2014-8/R006
Recorrente: MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E
CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (VINCULADOR)
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 033.169/2014-4/R003
Recorrente: BARROS E PUCHARELLI LTDA.-ME
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 033.169/2014-4/R004
Recorrente: L. R. FERREIRA BARROS LOCACOES - ME
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 000.533/2015-7/R001
Recorrente: Amara Cristina da Solidade Brandão
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: BENJAMIN ZYMLER

Recurso: 003.151/2015-8/R001
Recorrente: José Elias Macena de Lima
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: ANA ARRAES

Recurso: 007.610/2015-7/R001
Recorrente: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE VIAGENS DO ESTADO
DO AMAPÁ - ABAV/AP / Solange Nazaré Leite Sussuarana Batista
Motivo do sorteio: Recurso de revisão



Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 007.951/2015-9/R001

Recorrente: Manuel Valente de Lima Neto

Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração

Relator sorteado: ANA ARRAES

Recurso: 013.766/2015-5/R001

Recorrente: Osmar de Jesus da Costa Leal

Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração

Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 025.526/2015-4/R001

Recorrente: GILSON DA COSTA MASCARENHAS

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: VITAL DO RÊGO

Recurso: 026.593/2015-7/R002

Recorrente: LUDMILA RIBEIRO DA SILVA DE MATTOS

MARCUS ALAN FERREIRA DUARTE

Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração

Relator sorteado: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Recurso: 026.593/2015-7/R003

Recorrente: CONSTRUTORA MELLO DE AZEVEDO S/A

Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração

Relator sorteado: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Recurso: 031.684/2015-7/R002

Recorrente: ESTRUTURAL MONTAGENS E EMPREENDIMENTOS LTDA

Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração

Relator sorteado: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Recurso: 031.684/2015-7/R003

Recorrente: DMDL MONTAGENS DE STANDS LTDA.

Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração

Relator sorteado: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Recurso: 000.119/2016-4/R001

Recorrente: Edésio Volpato/ Adir Engel /FEAGRO-VALE FEIRA E EXPOSIÇÃO AGROPECUÁRIA DO VALE DO BRAÇO DO NORTE E REGIÃO

Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração

Relator sorteado: VITAL DO RÊGO

Recurso: 000.383/2016-3/R001

Recorrente: Almir de Almeida

Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração

Relator sorteado: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Recurso: 002.559/2016-1/R001



Recorrente: J. F. CONSTRUÇOES E SERVICOS EIRELI - EPP
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 002.559/2016-1/R003
Recorrente: Damião Carlos de Lima
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 003.365/2016-6/R001
Recorrente: RAIMUNDO FARO BITENCOURT
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 005.047/2016-1/R001
Recorrente: Gustavo Maciel Lins de Albuquerque
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AROLDO CEDRAZ

Recurso: 005.047/2016-1/R002
Recorrente: Lucicleide Xavier Ferreira dos Santos
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AROLDO CEDRAZ

Recurso: 005.541/2016-6/R001
Recorrente: CAETANO DE CARLI VIANA COSTA
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: VITAL DO RÊGO

Recurso: 007.035/2016-0/R001
Recorrente: DAVI GILMAR DE ABREU SOUZA
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Recurso: 008.557/2016-0/R001
Recorrente: Cláudio de Oliveira Torres
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: ANA ARRAES

Recurso: 008.557/2016-0/R002
Recorrente: José Ubiratan Cardoso Matos
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: ANA ARRAES

Recurso: 008.557/2016-0/R003
Recorrente: Deusdete Fagundes de Brito
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: ANA ARRAES

Recurso: 008.987/2016-5/R001



Recorrente: Manoel da Silva Oliveira
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 009.004/2016-5/R001
Recorrente: Ana Paula da Rosa Quevedo
IEC INSTITUTO EDUCAR E CRESCER
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AROLDO CEDRAZ

Recurso: 013.623/2016-8/R001
Recorrente: GEORGE LAURO RIBEIRO DE BRITO
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 013.623/2016-8/R002
Recorrente: Flavilene Maria Bueno Coelho
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 013.749/2016-1/R001
Recorrente: ELIZABETE MARIA SILVA DE LIMA
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 017.735/2016-5/R002
Recorrente: CICERO CAVALCANTI DE ARAUJO
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 022.212/2016-7/R001
Recorrente: LUIZ DONIZETE SIFOLELI
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: VITAL DO RÊGO

Recurso: 026.261/2016-2/R001
Recorrente: ALEXANDRE MONTEIRO DA CUNHA
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Recurso: 032.048/2016-5/R001
Recorrente: Daltro Fiuza
Motivo do sorteio: Recurso de reconsideração
Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 007.991/2017-7/R001
Recorrente: Mauricio Zuma Medeiros
Motivo do sorteio: Pedido de reexame
Relator sorteado: AUGUSTO NARDES



Recurso: 007.991/2017-7/R002

Recorrente: Artur Roberto Couto

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 007.991/2017-7/R003

Recorrente: SERGIO DIAS DE OLIVEIRA

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 010.605/2017-7/R001

Recorrente: HASTA MARIA REMPEL

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 010.723/2017-0/R001

Recorrente: YOLANDA GARCIA SILVA

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: AUGUSTO NARDES

Recurso: 012.831/2017-4/R004

Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 012.831/2017-4/R006

Recorrente: ECO101 CONCESSIONARIA DE RODOVIAS S/A

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: BRUNO DANTAS

Recurso: 020.725/2017-5/R001

Recorrente: José Alex Botelho de Oliva/ FRANCISCO JOSE ADRIANO/ HILARIO SEGUIN DIAS GURJAO/ CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA POCO/ CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: AROLDO CEDRAZ

Recurso: 025.529/2018-8/R001

Recorrente: IDENTIDADE PRESERVADA (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992)

Motivo do sorteio: Pedido de reexame

Relator sorteado: BRUNO DANTAS

COMUNICAÇÕES (v. inteiro teor no Anexo I desta Ata):

Da Presidência:

Atuação do Tribunal no acompanhamento dos leilões de petróleo realizados nos últimos 12 meses, com destaque para a 15ª Rodada de Concessões, bem como para a 4ª e a 5ª Rodadas de Partilha de Produção. O Ministro Aroldo Cedraz usou da palavra para discutir a matéria.



Registro dos resultados alcançados pela Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (SecexTCE) em 5 (cinco) meses de funcionamento. O Ministro Aroldo Cedraz usou da palavra para discutir a matéria.

PROCESSOS APRECIADOS POR RELAÇÃO

O Tribunal Pleno aprovou, por relação, os acórdãos de nºs 2275 a 2292.

PROCESSOS EXCLUÍDOS DE PAUTA

Foram excluídos de pauta, nos termos do artigo 142 do Regimento Interno, os seguintes processos:

TC-006.970/2014-1, TC-027.542/2015-7 e TC-034.218/2018-1, cujo relator é o Ministro Benjamin Zymler;

TC-011.645/2018-0, cujo relator é o Ministro Augusto Nardes;

TC-010.690/2016-6, TC-015.308/2015-4, TC-026.039/2010-9 e TC-030.236/2016-9, cujo relator é o Ministro Aroldo Cedraz;

TC-007.929/2017-0 e TC-023.481/2018-8, cuja relatora é a Ministra Ana Arraes;

TC-015.657/2018-3, TC-022.573/2005-1 e TC-024.301/2018-3, cujo relator é o Ministro Bruno Dantas;

TC-014.957/2018-3, cujo relator é o Ministro Vital do Rêgo; e

TC-005.868/2014-9, TC-008.683/2018-2, TC-012.093/2018-1, TC-020.856/2017-2, TC-026.768/2016-0, TC-032.239/2018-1 e TC-046.095/2012-8, cujo relator é o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti;

TC-011.060/2018-2 e TC-021.696/2013-6, cujo relator é o Ministro-Substituto André Luís de Carvalho; e

TC-031.703/2018-6, cujo relator é o Ministro-Substituto Weder de Oliveira.

Antes da exclusão do TC-023.481/2018-8, que trata de agravos interpostos contra o acórdão que deferiu medida cautelar com vistas a suspender a execução de contrato que tem como objeto a prestação dos serviços destinados ao programa Governo Eletrônico/Serviço de Atendimento ao Cidadão - Gesac, cuja relatora é a Ministra Ana Arraes e revisor, o Ministro Bruno Dantas (art. 112 do RITCU), o Ministro Benjamin Zymler solicitou ao Presidente Raimundo Carreiro que examinasse a possibilidade de alterar a relatoria do referido processo, tendo em vista a conexão com a representação objeto do TC-022.981/2018-7. A Presidência decidiu pela alteração e submeteu sua decisão ao Plenário, que aprovou a proposta. O Ministro Benjamin Zymler manifestou a intenção de pautar os dois processos na sessão plenária do próximo dia 31 de outubro.

SUSTENTAÇÃO ORAL

Na apreciação do processo TC-023.563/2018-4, que trata de representação, com pedido de medida cautelar, contra atos praticados em pregão eletrônico que têm por objeto a contratação de serviços de tecnologia da informação, no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, cujo relator é o Ministro José Múcio Monteiro, os Drs. Ricardo Barreto de Andrade e André Luis Garoni de Oliveira produziram sustentação oral em nome de CTIS Tecnologia S.A. e Produs Produtos e Soluções para Informática Ltda., respectivamente. Acórdão 2293.

PROCESSOS APRECIADOS DE FORMA UNITÁRIA



Por meio de apreciação unitária, o Plenário examinou os processos listados a seguir e aprovou os seguintes acórdãos:

MINISTRO JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

TC-023.563/2018-4 – Acórdão 2293

O Ministro Bruno Dantas usou da palavra para discutir a matéria.

MINISTRO BENJAMIN ZYMLER

TC-011.819/2017-0 – Acórdão 2294

TC-021.533/2017-2 – Acórdão 2295

MINISTRO VITAL DO RÊGO

TC-030.251/2013-3 – Acórdão 2296

TC-031.652/2015-8 – Acórdão 2297

MINISTRO AUGUSTO NARDES

TC-001.445/2014-6 – Acórdão 2298

O Ministro Aroldo Cedraz solicitou, durante a sessão, a inclusão de registro do seu impedimento para votar no processo.

MINISTRO AROLDO CEDRAZ

TC-015.423/2013-1 – Acórdão 2299

TC-018.120/2018-0 – Acórdão 2300

MINISTRO JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

TC-005.760/2018-6 – Acórdão 2301

TC-017.365/2015-5 – Acórdão 2302

TC-028.487/2017-6 – Acórdão 2303

TC-028.589/2017-3 – Acórdão 2304

MINISTRA ANA ARRAES

TC-007.519/2014-1 – Acórdão 2305

TC-008.528/2016-0 – Acórdão 2306

TC-015.601/2009-0 – Acórdão 2307



MINISTRO BENJAMIN ZYMLER

TC-031.461/2018-2 – Acórdão 2308 – REFERENDO DE CAUTELAR

MINISTRO BRUNO DANTAS

TC-016.032/2018-7 – Acórdão 2309

ALTERNÂNCIA NA PRESIDÊNCIA

O Vice-Presidente José Múcio Monteiro assumiu a cadeira da Presidência, em substituição ao Presidente Raimundo Carreiro.

TC-024.768/2017-0 – Acórdão 2310

O Ministro Benjamin Zymmler e o Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa usaram da palavra para discutir a matéria.

TC-028.650/2017-4 – Acórdão 2312

TC-028.620/2017-8 – Acórdão 2311

TC-028.677/2017-0 – Acórdão 2313

MINISTRO-SUBSTITUTO MARCOS BEMQUERER COSTA

TC-024.143/2018-9 – Acórdão 2314

TC-033.438/2018-8 – Acórdão 2315

MINISTRO-SUBSTITUTO ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO

TC-001.054/2018-0 – Acórdão 2316

MINISTRO-SUBSTITUTO WEDER DE OLIVEIRA

TC-025.496/2018-2 – Acórdão 2317 – REFERENDO DE CAUTELAR

ACÓRDÃOS PROFERIDOS

Os acórdãos de nºs 2275 a 2292, apreciados por relação, estão transcritos a seguir. Da mesma forma, seguem transcritos os acórdãos de nºs 2293 a 2317, apreciados de forma unitária, que constam também do Anexo II desta Ata, juntamente com os relatórios e votos em que se fundamentaram.

RELAÇÃO Nº 31/2018 – Plenário

Relator – Ministro BENJAMIN ZYMLER

ACÓRDÃO Nº 2275/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 42, §§1º e 2º, da Lei 8.443/1992 c/c art. 245 do Regimento



Interno/TCU, em fixar prazo de 15 dias para que o Município de Candeias, na pessoa de seu prefeito Pitágoras Alves da Silva Ibiapina (CPF 797.253.845-04), apresente a documentação e as informações solicitadas no Ofício de Requisição 1-97/2018-Secex-BA, reiteradas pelo Ofício de Requisição 2-97/2018-Secex-BA, ou informe expressamente a inexistência de tais documentos ou informações, sob pena de aplicação da sanção prevista no art. 58, IV, da Lei 8.443/1992, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

1. Processo TC-018.738/2015-0 (TOMADA DE CONTAS ESPECIAL)

1.1. Responsáveis: Allan Abbehusen de Santana (779.518.675-00); Francisco Silva Conceição (241.450.925-20); Instituto Médico Cardiológico da Bahia (IMCBA) (09.056.851/0001-20); João Ricardo de Camargo Silva (780.317.965-72); Lúbia da Cunha Moraes Macedo (260.406.205-44); Manoel Eduardo Farias Andrade (117.600.285-68)

1.2. Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Candeias - BA; Secretaria da Saúde do Estado da Bahia - Sesab

1.3. Relator: Ministro Benjamin Zymler

1.3.1. Ministro que alegou impedimento na sessão: Aroldo Cedraz

1.4. Representante do Ministério Público: não atuou

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado da Bahia (SECEX-BA).

1.6. Representação legal: não há.

1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2276/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 42, §§1º e 2º, da Lei 8.443/1992 c/c art. 245 do Regimento Interno/TCU, em fixar prazo de 15 dias para que o Município de Candeias, na pessoa de seu prefeito Pitágoras Alves da Silva Ibiapina (CPF 797.253.845-04), apresente a documentação e as informações solicitadas no Ofício de Requisição 1-98/2018-Secex-BA, reiteradas pelo Ofício de Requisição 2-98/2018-Secex-BA, ou informe expressamente a inexistência de tais documentos ou informações, sob pena de aplicação da sanção prevista no art. 58, IV, da Lei 8.443/1992, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

1. Processo TC-018.739/2015-6 (TOMADA DE CONTAS ESPECIAL)

1.1. Responsáveis: Allan Abbehusen de Santana (779.518.675-00); Carlos Alberto Dias (147.955.235-68); Centro Médico Aracajú Ltda Ep (06.070.413/0001-29); Eleide Rodrigues de Sena Portela (250.075.135-04); Fabiane Azevedo de Souza (009.768.885-13); Francisco Silva Conceição (241.450.925-20); Gustavo Silva de Araújo Góes (360.750.355-91); Heive Caroline Cunha Freitas Meireles (017.070.035-64); Lúbia da Cunha Moraes Macedo (260.406.205-44); Manoel Eduardo Farias Andrade (117.600.285-68); Maria Eugenia Barreto Silva (386.280.405-44); Terezinha de Jesus Bispo Santos (076.144.975-20)

1.2. Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Candeias - BA; Secretaria da Saúde do Estado da Bahia - Sesab

1.3. Relator: Ministro Benjamin Zymler

1.3.1. Ministro que alegou impedimento na sessão: Aroldo Cedraz

1.4. Representante do Ministério Público: não atuou

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado da Bahia (SECEX-BA).

1.6. Representação legal: não há.

1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2277/2018 - TCU - Plenário



Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 44, §2º, da Lei 8.443/1992, quanto ao processo a seguir relacionado, em fazer as seguintes determinações, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

1. Processo TC-026.833/2016-6 (Indisponibilidade de Bens)
 - 1.1. Interessado: Construtora Queiroz Galvão S. A. (33.412.792/0001-60)
 - 1.2. Relator: Ministro Benjamin Zymler
 - 1.3. Representante do Ministério Público: não atuou
 - 1.4. Unidade Técnica: Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe).
 - 1.5. Representação legal: Alexandre Aroeira Salles (OAB/DF 28.108) e outros, representando Construtora Queiroz Galvão S. A.; Alfredo Manoel Ramiro Basto de Barros Costa (OAB/PE 1480-A), representando Nivaldo Rodrigues Machado Filho; César Augusto Cacho Casanova (OAB/PE 19.360), representando Márcio Galuppo, Ruy Humberto Godoy de Mesquita, Solange Firmino Godoy de Mesquita e Rosa Maria Honorato Moury Fernandes; Gláucia Maria Pessoa Rosas (OAB/PE 45601), representando Márcio Vinícius Magalhães Dardenne.
 - 1.6. Determinações/Recomendações/Orientações:
 - 1.6.1. solicitar o levantamento da indisponibilidade de bens decretada pelo TCU sobre os apartamentos 202-B1, 302-B1, 1402-B1, 1501-B1, 1601-B1, 2102-B1 do Edifício Maria Paula, à av. Bernardo Vieira de Melo, 3.883, Bairro de Piedade, em Jaboatão de Guararapes/PE, registrado sob a matrícula 40639 no Cartório Eduardo Malta, no mesmo município, objeto da averbação AV-13-40639;
 - 1.6.2. manter a indisponibilidade de bens decretada pelo TCU sobre o apartamento 1701-B1 do Edifício Maria Paula, à av. Bernardo Vieira de Melo, 3.883, Bairro de Piedade, em Jaboatão de Guararapes/PE, registrado sob a matrícula 40639 no Cartório Eduardo Malta, no mesmo município;
 - 1.6.3. solicitar o levantamento da indisponibilidade de bens decretada pelo TCU sobre o apartamento 801 do Edifício Maria Dulce, à Av. Domingos Ferreira, 4.403, Boa Viagem, Recife/PE, registrado sob a matrícula 118.640 no RGI, no mesmo município, objeto da averbação AV-3-118.640;
 - 1.6.4. encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada dos pareceres que a fundamentam, à Secretaria Municipal de Fazenda do Município de Jaboatão dos Guararapes/PE, dando ciência acerca da possível venda dos apartamentos 202-B1, 302-B1, 1402-B1, 1501-B1, 1601-B1, 1701-B1, 2102-B1 do Edifício Maria Paula, à av. Bernardo Vieira de Melo, 3.883, Bairro de Piedade, em Jaboatão de Guararapes/PE, registrado sob a matrícula 40639 no Cartório Eduardo Malta, no mesmo município;
 - 1.6.5. encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada dos pareceres que a fundamentam, à Secretaria Municipal de Finanças do Município de Recife/PE, dando ciência acerca da possível venda do apartamento 801 do Edifício Maria Dulce, à Av. Domingos Ferreira, 4.403, Boa Viagem, Recife/PE, registrado sob a matrícula 118.640 no RGI, no mesmo município;
 - 1.6.6. cientificar os interessados desta deliberação, enviando-lhes cópia dos pareceres que a fundamentam;
 - 1.6.7. juntar cópia desta deliberação, acompanhada dos pareceres que a fundamentam, no processo TC 009.199/2017-9.

RELAÇÃO Nº 33/2018 – Plenário
Relator – Ministro AUGUSTO NARDES

ACÓRDÃO Nº 2278/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 250, inciso IV, 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, em conhecer da



presente representação, por preencher os requisitos de admissibilidade, para, no mérito, considerá-la procedente; indeferir o requerimento de medida cautelar formulado pela Secex/AL, tendo em vista a inexistência do perigo da demora, um dos pressupostos necessários para adoção da referida medida; autorizar as audiências na forma proposta pela unidade técnica (peça 46), sem prejuízo das providências descritas no subitem 1.7 desta deliberação.

1. Processo TC-029.048/2018-4 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Interessado: Secretaria de Controle Externo do TCU/AL (00.414.607/0002-07)

1.2. Órgão/Entidade: Fundo Municipal de Saúde de Maceió; Fundo Municipal de Saúde de Coruripe/AL; Fundo Nacional de Saúde - MS; Ministério da Saúde (vinculador); Prefeituras Municipais do Estado de Alagoas (103 Municípios); Secretaria Municipal de Saúde de Coruripe/AL; Secretaria Municipal de Saúde de Maceió/AL

1.3. Relator: Ministro Augusto Nardes

1.4. Representante do Ministério Público: não atuou

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado de Alagoas (SECEX-AL).

1.6. Representação legal: não há.

1.7. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.7.1. Encaminhar cópia da peça 16 em anexo à audiência do Sr. Secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde;

1.7.2. Encaminhar cópia dos autos à SecexSaúde, ao Ministério Público Federal em Alagoas e à Superintendência da Polícia Federal em Alagoas, para conhecimento.

ACÓRDÃO Nº 2279/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, incisos III e V, alínea “a”, 235 e 237, inciso VII e parágrafo único e 250, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e de conformidade com a proposta da unidade técnica (peça 5), em conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la improcedente, indeferir o pedido de medida cautelar ante a inexistência dos pressupostos necessários a sua concessão, sem prejuízo das providências descritas no subitem 1.6 desta deliberação.

1. Processo TC-034.006/2018-4 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Órgão/Entidade: Hospital Federal Cardoso Fontes

1.2. Relator: Ministro Augusto Nardes

1.3. Representante do Ministério Público: não atuou

1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (SECEX-RJ).

1.5. Representação legal: não há.

1.6. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.6.1. Recomendar ao Hospital Federal Cardoso Fontes que, em seus próximos processos licitatórios, procure uniformizar textualmente as exigências contidas no edital e termo de referência para fins de habilitação, de forma a minimizar os eventuais riscos de comprometer o caráter competitivo do certame, em atendimento aos art. 3º, II e 4º, III da Lei 10520/2002 e ao art. 30, II e § 5º da Lei 8666/93, bem como evitar futuros questionamentos por parte das empresas participantes do certame;

1.6.2. Dar ciência desta deliberação ao Hospital Federal Cardoso Fontes e à representante

1.6.3. Arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inc. V, do Regimento Interno do Tribunal



RELAÇÃO Nº 33/2018 – Plenário
Relator – Ministro AROLDO CEDRAZ

ACÓRDÃO Nº 2280/2018 - TCU - Plenário

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no artigo 43, inciso I, da Lei 8.443/1992; c/c os artigos 1º, inciso XXIV; 17, inciso IV; 143, inciso III; 234; 235, 237, inciso VII e parágrafo único, e 276, todos do Regimento Interno, e com o art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993, em conhecer da representação adiante indicada, para, no mérito, considerá-la improcedente, bem como revogar a medida cautelar adotada pelo item 9.2 do Acórdão 1764/2018-TCU-Plenário, por perda superveniente dos pressupostos necessários para a sua adoção, e determinar o arquivamento deste processo, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

1. Processo TC 023.692/2018-9 (REPRESENTAÇÃO)
 - 1.1. Interessado: BDS Confeções Ltda. (84.512.037/0001-99).
 - 1.2. Órgão/Entidade: Amazonas Distribuidora de Energia S.A.
 - 1.3. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
 - 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou.
 - 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Amazonas (Secex-AM).
 - 1.6. Representação legal: Luciano de Almeida Souza Coelho (9919/OAB-AM) e outros, representando BDS Confeções Ltda.; Décio Flávio Gonçalves Torres Freire (56543/OAB-MG) e outros, representando Amazonas Distribuidora de Energia S.A.
 - 1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: dar conhecimento deste Acórdão e dos pareceres que o fundamentam a Amazonas Distribuidora de Energia S.A., BDS Confeções Ltda. e Vectra Work Industria e Comércio de Uniformes e EPIS Ltda.

RELAÇÃO Nº 37/2018 – Plenário
Relator – Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

ACÓRDÃO Nº 2281/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com fundamento no art. 143, inciso V, alínea "d", do Regimento Interno/TCU, c/c o enunciado nº 145 da Súmula da Jurisprudência predominante do Tribunal de Contas da União, ACORDAM, por unanimidade, em retificar, por inexatidão material o Acórdão 1.858/2018 – TCU – Plenário, prolatado na Sessão de 15/8/2018, Ata nº 31/2018, relativamente ao item 8, para que, onde se lê "... Fernanda Vernalha Guimarães (OAB/PR 20.738) e outros, representando Profarma Speciality S.A." leia-se "...Fernando Cezar Vernalha Guimarães (OAB/PR 20.738) e outros, representando Profarma Speciality S.A.", mantendo-se os demais termos do Acórdão ora retificado, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

1. Processo TC-016.826/2009-5 Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial)
 - 1.1. Responsáveis: Antônio Durval de Oliveira Borges (ex-Superintendente de Administração e Finanças, CPF 194.347.401-00); Cairo Alberto de Freitas (ex-Secretário, CPF 216.542.981-15); Profarma Speciality S.A. (nova denominação da Prodieta Farmacêutica Ltda., CNPJ 81.887.838/0001-40), ML Operações Logísticas Ltda. (nova denominação da Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., CNPJ 03.553.585/0001-65), e Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 26.921.908/0001-21)



1.2. Recorrentes: Cairo Alberto de Freitas; Profarma Speciality S.A.; ML Operações Logísticas Ltda.; e Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda.

1.3. Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás

1.4. Relator: Ministro José Múcio Monteiro

1.5. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti

1.6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

1.7. Unidades Técnicas: Secex/GO e Serur.

1.8. Advogados constituídos nos autos: Fabrício David de Souza Gouveia (OAB/GO 22.784), representando ML Operações Logísticas Ltda.; Luiz Fernando Pereira (OAB/PR 22.076), Fernando Cezar Vernalha Guimarães (OAB/PR 20.738) e outros, representando Profarma Speciality S.A.; Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703), Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267) e outros, representando Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda.; Arthur Simas Pinheiro (48.314/OAB-DF), Marcos de Araújo Cavalcanti (OAB/DF 28.560), Romildo Olgo Peixoto Júnior (OAB/DF 28.361) e outros, representando Cairo Alberto de Freitas; Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872), Sergio Tourinho Dantas (OAB/DF 22.163) e outros, representando Antônio Durval de Oliveira Borges

1.9. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2282/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, quanto ao processo abaixo relacionado, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 143, inciso III; 243 e 250 do Regimento Interno/TCU, ACORDAM em considerar cumpridas as determinações dos subitens 9.7.1 e 9.7.2 do Acórdão 2.012/2017-Plenário e apensar o presente processo ao TC 021.001/2015-4, sem prejuízo de adotar a seguinte providência, conforme pareceres emitidos:

1. Processo TC-011.625/2018-0 (MONITORAMENTO)

1.1. Interessado: Tribunal de Contas da União

1.2. Unidade: Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro

1.3. Relator: Ministro José Múcio Monteiro

1.4. Representante do Ministério Público: não atuou

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (SECEX-RJ).

1.6. Representação legal: não há.

1.7. Dar ciência ao TRE-RJ de que a ausência de designação formal do fiscal do contrato ou a mera indicação do nome do representante da administração como gestor e/ou fiscal de contrato, em formulário inserido no processo, sem seu conhecimento, contraria o art. 67 da Lei 8.666/1993.

ACÓRDÃO Nº 2283/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com fundamento no art. 143, inciso V, alínea “d”, do Regimento Interno/TCU, c/c o Enunciado 145 da Súmula da Jurisprudência predominante do Tribunal de Contas da União, ACORDAM, por unanimidade, em retificar, por inexactidão material, o Acórdão 1.393/2018-TCU-Plenário, prolatado na Sessão de 20/6/2018, Ata 23/2018, relativamente ao item 3, mantendo-se os demais termos do acórdão ora retificado, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

1. Processo TC-021.481/2017-2 (RELATÓRIO DE AUDITORIA)

1.1. Responsáveis: Rafael Santos de Souza (CPF 086.223.547-25), Prefeito de Magé/RJ, desde 7/4/2016; Antônio Manuel Morgado de Azevedo (CPF 460.278.077-68), Secretário Municipal de



Saúde de Magé/RJ, de 8/4/2016 até 1/1/2017; Stela Mary da Silva Vidal (CPF 872.545.227-49), Secretária Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 9/1/2017 a 5/5/2017; Miguelangelo Pereira Peligrino (CPF 615.773.167-20), Secretário Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 5/5/2017 a 22/6/2017; Carine Ferreira Nogueira (CPF 055.671.597-73), Secretária Municipal de Saúde de Magé/RJ, desde 22/6/2017; Arlei de Faria Larrubia (CPF 852.093.927-91), fiscal do contrato com a empresa Distribuidora de Medicamentos Brasil Miracema, Ata de SRP s/n, de 1º/6/2015; Lucas dos Santos Carvalho (CPF 138.390.187-22), fiscal dos contratos 35/2016 e 14-A/2017; Ricardo Guimarães Campos (CPF 113.675.207-20), Pregoeiro da Prefeitura de Magé/RJ, de 1/1/2015 a 8/4/2016; Felipe dos Santos Peixoto (CPF: 012.905.387-27), Secretário Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, de 5/1/2015 a 4/1/2016; Luís Antônio de Souza Teixeira Júnior (CPF 023.199.537-79), Secretário Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, desde 4/1/2016; Luciléa da Fonseca Félix (CPF 088.681.957-12), Assessora Especial da Secretaria Municipal de Planejamento e Orçamento de Magé/RJ, de 1/1/2013 a 1/10/2017; Wesley Gonçalves Pereira (CPF 955.605.137-68), Prefeito de Itaguaí/RJ, de 1/4/2015 a 31/12/2016; Paulo Fernandes Gonzaga Cavallari (CPF 500.249.810-87), Secretário Municipal de Saúde de Itaguaí/RJ, de 27/10/2015 a 16/1/2016; Edson Shoiti Hara Junior (CPF 033.641.637-74), Secretário Municipal de Saúde de Itaguaí/RJ, de 27/1/2016 a 3/11/2016; Eduardo Biosca Lima de Oliveira (CPF 094.758.247-90), Secretário Municipal de Suprimentos de Seropédica/RJ, de 28/3/2016 a 15/6/2016; Camillo de Lélis Carneiro Junqueira (CPF 532.850.696-00), Secretário Municipal de Saúde de Duque de Caxias/RJ, em 27/10/2016; Sidney Cerqueira Couto (CPF 018.513.377-09), Secretário Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 1/1/2014 a 30/3/2016; Paulo Vinicius de Souza Rodrigues (CPF 037.826.777-90), Consultor Jurídico da Prefeitura de Magé/RJ, de 1/1/2015 a 8/4/2016; Kademed Medicamentos Eireli (CNPJ 04.773.356/0001-19); e Avante Brasil Comércio Eireli – ME (CNPJ: 22.706.161/0001-38).

1.2. Unidades: Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro e Prefeitura Municipal de Magé/RJ

1.3. Relator: Ministro José Múcio Monteiro

1.4. Representante do Ministério Público: Procurador Rodrigo Medeiros de Lima

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex/RJ)

1.6. Advogados constituídos nos autos: Ricardo Xavier de Araújo Feio (59.083/OAB-RJ), representando Kademed Medicamentos Ltda.; Roberto Trigueiro Fontes (17.853/OAB-DF) e outros, representando Laboratório Novartis Biociências S.A.; Pedro Sérgio Fialdini Filho (137.599/OAB-SP) e outros, representando Bayer S/A

1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

onde se lê:

“3. Responsáveis: Rafael Santos de Souza (CPF 086.223.547-25), Prefeito de Magé/RJ, desde 7/4/2016; Antônio Manuel Morgado de Azevedo (CPF 460.278.077-68), Secretário Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 8/4/2016 até 1/1/2017; Stela Mary da Silva Vidal (CPF 872.545.227-4), Secretária Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 9/1/2017 a 5/5/2017; Miguelangelo Pereira Peligrino (CPF 615.773.167-20), Secretário Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 5/5/2017 a 22/6/2017; Carine Ferreira Nogueira (CPF 055.671.597-73), Secretária Municipal de Saúde de Magé/RJ, desde 22/6/2017; Arlei de Faria Larrubia (CPF 852.093.927-91), fiscal do contrato com a empresa Distribuidora de Medicamentos Brasil Miracema, Ata de SRP s/n, de 1º/6/2015; Lucas dos Santos Carvalho (CPF 138.390.187-22), fiscal dos contratos 35/2016 e 14-A/2017; Ricardo Guimarães Campos (CPF 113.675.207-20), Pregoeiro da Prefeitura de Magé/RJ, de 1/1/2015 a 8/4/2016; Felipe dos Santos Peixoto (CPF: 012.905.387-27), Secretário Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, de 5/1/2015 a 4/1/2016; Luís Antônio de Souza Teixeira Júnior (CPF 012.905.387-27), Secretário Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, desde 4/1/2016; Luciléa da Fonseca Félix (CPF 088.681.957-12), Assessora Especial da Secretaria Municipal de Planejamento e Orçamento de Magé/RJ, de 1/1/2013 a



1/10/2017; Wesley Gonçalves Pereira (CPF 955.605.137-68), Prefeito de Itaguaí/RJ, de 1/4/2015 a 31/12/2016; Paulo Fernandes Gonzaga Cavallari (CPF 500.249.810-87), Secretário Municipal de Saúde de Itaguaí/RJ, de 27/10/2015 a 16/1/2016; Edson Shoiti Hara Junior (CPF 033.641.637-74), Secretário Municipal de Saúde de Itaguaí/RJ, de 27/1/2016 a 3/11/2016; Eduardo Biosca Lima de Oliveira (CPF 094.758.247-90), Secretário Municipal de Suprimentos de Seropédica/RJ, de 28/3/2016 a 15/6/2016; Camillo de Léllis Carneiro Junqueira (CPF 532.850.696-00), Secretário Municipal de Saúde de Duque de Caxias/RJ, em 27/10/2016; Sidney Cerqueira Couto (CPF 018.513.377-09), Secretário Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 1/1/2014 a 30/3/2016; Paulo Vinicius de Souza Rodrigues (CPF 037.826.777-90), Consultor Jurídico da Prefeitura de Magé/RJ, de 1/1/2015 a 8/4/2016; Kademed Medicamentos Eireli (CNPJ 04.773.356/0001-19); e Avante Brasil Comércio Eireli – ME (CNPJ: 22.706.161/0001-38). (...)”

Leia-se:

“3. Responsáveis: Rafael Santos de Souza (CPF 086.223.547-25), Prefeito de Magé/RJ, desde 7/4/2016; Antônio Manuel Morgado de Azevedo (CPF 460.278.077-68), Secretário Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 8/4/2016 até 1/1/2017; Stela Mary da Silva Vidal (CPF 872.545.227-49), Secretária Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 9/1/2017 a 5/5/2017; Miguelangelo Pereira Peligrino (CPF 615.773.167-20), Secretário Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 5/5/2017 a 22/6/2017; Carine Ferreira Nogueira (CPF 055.671.597-73), Secretária Municipal de Saúde de Magé/RJ, desde 22/6/2017; Arlei de Faria Larrubia (CPF 852.093.927-91), fiscal do contrato com a empresa Distribuidora de Medicamentos Brasil Miracema, Ata de SRP s/n, de 1º/6/2015; Lucas dos Santos Carvalho (CPF 138.390.187-22), fiscal dos contratos 35/2016 e 14-A/2017; Ricardo Guimarães Campos (CPF 113.675.207-20), Pregoeiro da Prefeitura de Magé/RJ, de 1/1/2015 a 8/4/2016; Felipe dos Santos Peixoto (CPF: 012.905.387-27), Secretário Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, de 5/1/2015 a 4/1/2016; Luís Antônio de Souza Teixeira Júnior (CPF 023.199.537-79), Secretário Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, desde 4/1/2016; Luciléa da Fonseca Félix (CPF 088.681.957-12), Assessora Especial da Secretaria Municipal de Planejamento e Orçamento de Magé/RJ, de 1/1/2013 a 1/10/2017; Wesley Gonçalves Pereira (CPF 955.605.137-68), Prefeito de Itaguaí/RJ, de 1/4/2015 a 31/12/2016; Paulo Fernandes Gonzaga Cavallari (CPF 500.249.810-87), Secretário Municipal de Saúde de Itaguaí/RJ, de 27/10/2015 a 16/1/2016; Edson Shoiti Hara Junior (CPF 033.641.637-74), Secretário Municipal de Saúde de Itaguaí/RJ, de 27/1/2016 a 3/11/2016; Eduardo Biosca Lima de Oliveira (CPF 094.758.247-90), Secretário Municipal de Suprimentos de Seropédica/RJ, de 28/3/2016 a 15/6/2016; Camillo de Léllis Carneiro Junqueira (CPF 532.850.696-00), Secretário Municipal de Saúde de Duque de Caxias/RJ, em 27/10/2016; Sidney Cerqueira Couto (CPF 018.513.377-09), Secretário Municipal de Saúde de Magé/RJ, de 1/1/2014 a 30/3/2016; Paulo Vinicius de Souza Rodrigues (CPF 037.826.777-90), Consultor Jurídico da Prefeitura de Magé/RJ, de 1/1/2015 a 8/4/2016; Kademed Medicamentos Eireli (CNPJ 04.773.356/0001-19); e Avante Brasil Comércio Eireli – ME (CNPJ: 22.706.161/0001-38). (...)”

ACÓRDÃO Nº 2284/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, quanto ao processo abaixo relacionado, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992 c/c os arts. 143, inciso III; e 237 do Regimento Interno/TCU, ACORDAM em conhecer da representação, para no mérito considerá-la improcedente, arquivando-a e dando ciência ao representante com o envio de cópia da respectiva instrução, conforme os pareceres emitidos nos autos:



1. Processo TC-025.278/2018-5 (REPRESENTAÇÃO)
 - 1.1. Representante: Atlântico Engenharia Ltda. (14.355.750/0001-90)
 - 1.2. Unidade: Serviço Federal de Processamento de Dados
 - 1.3. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
 - 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou
 - 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
 - 1.6. Representação legal: Anna Tereza Castro Silva Ribeiro (48149/OAB-DF) e outros, representando Atlântico Engenharia Ltda.
 - 1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

RELAÇÃO Nº 29/2018 – Plenário
Relator – Ministro BRUNO DANTAS

ACÓRDÃO Nº 2285/2018 - TCU - Plenário

Considerando que, à vista dos elementos contidos nos autos, não foram atendidos os requisitos específicos de admissibilidade estabelecidos pelo art. 35 da Lei 8.443/1992;

Considerando que não foram apresentados fatos novos, mas sim alegações jurídicas, já amplamente discutidas no âmbito deste processo;

Considerando que meros argumentos e teses jurídicas representam elementos ordinários que somente justificariam o seu exame em sede de recurso de reconsideração, espécie recursal prevista no artigo 33 da Lei 8.443/1992 e já utilizada pelo recorrente;

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos art. 35 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 288 do Regimento Interno/TCU, em não conhecer do recurso de revisão interposto por Aldo Alves Ferreira (peça 74) em face do Acórdão 11.851/2016-TCU-2ª Câmara, por não preencher os requisitos de admissibilidade, e em dar ciência deste acórdão ao recorrente, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

1. Processo TC-018.197/2015-9 (TOMADA DE CONTAS ESPECIAL)
 - 1.1. Responsáveis: Aldo Alves Ferreira (725.800.118-20); Marcos Roberto Marques da Silva (210.147.872-20).
 - 1.2. Recorrente: Aldo Alves Ferreira (725.800.118-20).
 - 1.3. Órgão/Entidade: Entidades/órgãos do Governo do Estado do Amapá.
 - 1.4. Relator: Ministro Bruno Dantas.
 - 1.5. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
 - 1.6. Relatora da deliberação recorrida: Ministra Ana Arraes.
 - 1.7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Controle Externo no Estado do Amapá (SECEX-AP).
 - 1.8. Representação legal: não há.
 - 1.9. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2286/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, inciso III; 235 c/c o art. 237, parágrafo único, e art. 237, todos do Regimento Interno/TCU, em deferir a prorrogação de prazo, por mais 30 dias, solicitada pela Secretária Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional do Ministério do Desenvolvimento Social, haja vista as justificativas apresentadas pela requerente, de forma a que o atendimento da recomendação 1.6.2 do Acórdão 1.309/2018-TCU-Plenário, comunicada por meio do Ofício 0886/2018-TCU/SElog, possa se dar até o dia 17/10/2018, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.



1. Processo TC-007.209/2018-5 (REPRESENTAÇÃO)
- 1.1. Órgão/Entidade: Entidades/órgãos do Governo do Distrito Federal
- 1.2. Relator: Ministro Bruno Dantas
- 1.3. Representante do Ministério Público: não atuou
- 1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
- 1.5. Representação legal: não há.
- 1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2287/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, e 27, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c o art. 218 do Regimento Interno/TCU, em dar quitação a João Severiano da Fonseca Hermes (CPF 741.278.377-72) e Rodrigo Luiz Lima de Souza (CPF 073.369.40714), ante o recolhimento integral das multas que lhes foram impostas pelo Acórdão 3.204/2016–TCU–Plenário, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

1. Processo TC-013.371/2010-0 (REPRESENTAÇÃO)
- 1.1. Apensos: 000.690/2015-5 (SOLICITAÇÃO)
- 1.2. Responsáveis: Delta Construções S.a (10.788.628/0001-57); Geraldo da Rocha Motta Filho (391.619.607-30); João Severiano da Fonseca Hermes (741.278.377-72); Márcio Acúrcio Pereira Benigno (844.567.527-34); Rodrigo Luiz Lima de Souza (073.369.407-14)
- 1.3. Interessado: Osvaldo Martins Rizzo (618.462.288-91)
- 1.4. Órgão/Entidade: Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia; Ministério da Saúde (vinculador)
- 1.5. Relator: Ministro Bruno Dantas
- 1.5.1. Ministro que alegou impedimento na sessão: Aroldo Cedraz
- 1.6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira
- 1.7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrb).
- 1.8. Representação legal: Cristovao Alexandre Vilas Boas Rosa Marques e outros, representando Delta Construções S.a; Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (6546/OAB-DF) e outros, representando Geraldo da Rocha Motta Filho.
- 1.9. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

RELAÇÃO Nº 27/2018 – Plenário

Relator – Ministro VITAL DO RÊGO

ACÓRDÃO Nº 2288/2018 - TCU - Plenário

Trata-se de recursos de reconsideração, interpostos por Gleice Regina Balbino de Almeida, Paulo Roberto Dias Morales, Claudio Vinicius Costa Rodrigues e Washington Luiz de Paula, contra os itens 9.3, 9.4, 9.5 e subitens, 9.7.1, 9.9 e 9.11 do Acórdão 1.012/2018-TCU-Plenário, por meio do qual esta Corte de Contas julgou suas contas irregulares, imputando-lhes débito (peça 790).

Considerando que o prazo para a interposição desse recurso é de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 285 do Regimento Interno do TCU;

Considerando que, regularmente notificado, em 6/6/2018 (peça 900), da deliberação recorrida, o Sr. Claudio Vinicius Costa Rodrigues somente compareceu aos autos em 10/7/2018, oportunidade em que protocolizou seu recurso de reconsideração (peça 1.018), restando, portanto, intempestivo;



Considerando que o conhecimento de recurso intempestivo, apresentado dentro do período de cento e oitenta dias, pressupõe a superveniência de fatos novos, caso em que não terá efeito suspensivo, conforme preconiza o art. 285, § 2º, do Regimento Interno/TCU;

Considerando que argumento novo ou tese jurídica nova não podem ser considerados fatos novos, vez que não representam documentos ou acontecimentos cujo conhecimento se daria posteriormente à decisão recorrida;

Considerando que os argumentos apresentados pelo Sr. Claudio Vinicius Costa Rodrigues não demonstram a superveniência de fatos novos, razão pela qual a intempestividade constatada não pode ser afastada;

Considerando que os documentos trazidos aos autos pelos Srs. Paulo Roberto Dias Morales e Washington Luiz de Paula possuem pertinência temática com a situação tratada no processo, podendo, em tese, impactar no julgamento de mérito dos presentes autos;

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 32, inciso I e parágrafo único, e 33 da Lei 8.443/1992, e nos arts. 143, inciso IV, alínea "b", e § 3º, 277, inciso I, e 285, *caput* e § 2º, do Regimento Interno do TCU, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, em:

a) conhecer do recurso de reconsideração interposto pela Sra. Gleice Regina Balbino de Almeida (peça 885), suspendendo-se, para a recorrente, os efeitos dos itens 9.4, 9.5, 9.5.1, 9.7.1, 9.9 e 9.11 do Acórdão 1.012/2018-TCU-Plenário;

b) com relação ao efeito suspensivo mencionado no item anterior, estendê-lo a todos os responsáveis condenados em solidariedade com a Sra. Gleice Regina Balbino de Almeida;

c) conhecer dos recursos de reconsideração interpostos por Paulo Roberto Dias Morales e Washington Luiz de Paula, todavia sem atribuição de efeito suspensivo;

d) não conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Claudio Vinicius Costa Rodrigues, por restar intempestivo e não apresentar fatos novos;

e) comunicar aos órgãos/entidades eventualmente cientificados do acórdão recorrido acerca do efeito suspensivo concedido em face do recurso manejado pela Sra. Gleice Regina Balbino de Almeida;

f) encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada da instrução da unidade técnica, aos recorrentes;

g) encaminhar os autos à Serur para análise de mérito dos recursos interpostos por Gleice Regina Balbino de Almeida, Paulo Roberto Dias Morales e Washington Luiz de Paula, após a adoção da medida especificada na alínea "e" supra.

1. Processo TC-008.450/2015-3 (TOMADA DE CONTAS ESPECIAL)
 - 1.1. Responsável: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).
 - 1.2. Recorrente: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).
 - 1.3. Órgãos: Departamento de Engenharia e Construção do Exército; Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; Instituto Militar de Engenharia.
 - 1.4. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
 - 1.5. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.
 - 1.6. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
 - 1.7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
 - 1.8. Representação legal: Carla Oggioni Rigueti (OAB/RJ 186.228), Tanara de Fatima Barcellos da Silva (OAB/RS 69.337), Gilmar Menezes da Silva Junior e outros.
 - 1.9. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

RELAÇÃO Nº 26/2018 – Plenário

Relator – Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER COSTA



ACÓRDÃO Nº 2289/2018 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 27 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 218 do Regimento Interno/TCU, em expedir quitação aos Srs. Marcelo Arantes Guedon e Rogerio Cetrim de Siqueira, ante o recolhimento das multas que lhes foram imputadas, promovendo-se, em seguida, o arquivamento dos autos, de acordo com o parecer da Secex/PI:

1. Processo TC-027.227/2014-6 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Responsáveis: Antonio da Silva Calisto Neto (347.568.413-68); Fábio Barros de Sousa (828.781.613-00); José Gramoza Vilarinho Filho (006.873.093-44); Marcelo Arantes Guedon (842.552.267-68); Raimundo Elias Alves Nunes Junior (002.834.493-65); Rogerio Cetrim de Siqueira (981.036.527-68).

1.2. Órgão/Entidade: 2º Batalhão de Engenharia de Construção – MD/CE.

1.3. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

1.4. Representante do Ministério Público: não atuou.

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Piauí (Secex/PI).

1.6. Representação legal: não há.

1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

Marcelo Arantes Guedon

Quitação relativa ao subitem 9.2 do Acórdão 980/2018, proferido pelo Plenário, em Sessão de 2/5/2018, Ata 15/2018.

Data de origem da multa: 2/5/2018

Valor original da multa: R\$ 5.000,00

Data do recolhimento: 12/7/2018

Valor recolhido: R\$ 5.020,00

Rogerio Cetrim de Siqueira

Quitação relativa ao subitem 9.2 do Acórdão 980/2018, proferido pelo Plenário, em Sessão de 2/5/2018, Ata 15/2018.

Data de origem da multa: 2/5/2018

Valor original da multa: R\$ 10.000,00

Data do recolhimento: 6/7/2018

Valor recolhido: R\$ 10.040,00

RELAÇÃO Nº 23/2018 – Plenário

Relator – Ministro-Substituto WEDER DE OLIVEIRA

ACÓRDÃO Nº 2290/2018 - TCU - Plenário

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, com fundamento no art. 27 da Lei 8.443/1992, de acordo com os pareceres convergentes emitidos nos autos, ACORDAM, por unanimidade, em dar quitação à responsável Sra. Inês da Silva Magalhães, ante o recolhimento integral da multa que lhe foi imputada por meio do acórdão 3009/2016-TCU-Plenário:

Valor original da multa: R\$ 10.000,00 Data de origem da multa: 23/11/2016.

Valor recolhido: R\$ 10.417,00 Data do recolhimento: 3/5/2018.

1. Processo TC-019.676/2013-1 (RELATÓRIO DE AUDITORIA)

1.1. Responsável: Inês da Silva Magalhães (051.715.848-50).



- 1.2. Interessados: Congresso Nacional; Município de Fortuna/MA (06.140.404/0001-67).
- 1.3. Órgão: Ministério das Cidades (vinculador).
- 1.4. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
- 1.5. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado.
- 1.6. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrb).
- 1.7. Representação legal: Renata Maria Periquito Pontes Cunha e outros, representando Ministério das Cidades.
- 1.8. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2291/2018 - TCU - Plenário

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, com fundamento no art. 27 da Lei 8.443/1992, de acordo com os pareceres convergentes emitidos nos autos, ACORDAM, por unanimidade, em dar quitação à responsável Inês da Silva Magalhães, ante o recolhimento integral da multa que lhe foi imputada por meio do acórdão 2865/2016-TCU-Plenário:

Valor original da multa: R\$10.000,00 Data de origem da multa: 9/11/2016.

Valor recolhido: R\$ 10.159,00 Data do recolhimento: 5/6/2017.

1. Processo TC-019.677/2013-8 (RELATÓRIO DE AUDITORIA)
 - 1.1. Responsável: Inês da Silva Magalhães (051.715.848-50).
 - 1.2. Interessados: Congresso Nacional; Município de Jatobá/MA (01.616.678/0001-66).
 - 1.3. Órgão: Ministério das Cidades (vinculador).
 - 1.4. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
 - 1.5. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado.
 - 1.6. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrb).
 - 1.7. Representação legal: Renata Maria Periquito Pontes Cunha (OAB/MT 18.628), representando Inês da Silva Magalhães; Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas (OAB/PE 31.920), representando Ministério das Cidades.
 - 1.8. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2292/2018 - TCU - Plenário

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, com fundamento no art. 27 da Lei 8.443/1992, de acordo com os pareceres convergentes emitidos nos autos, ACORDAM, por unanimidade, em dar quitação à responsável Sra. Inês da Silva Magalhães, ante o recolhimento integral da multa que lhe foi imputada por meio do acórdão 3298/2015-TCU-Plenário:

Valor original da multa: R\$ 10.000,00 Data de origem da multa: 9/12/2015.

Valor recolhido: R\$ 10.159,00 Data do recolhimento: 5/6/2017.

1. Processo TC-024.796/2014-0 (REPRESENTAÇÃO)
 - 1.1. Apensos: 017.362/2015-6 (SOLICITAÇÃO).
 - 1.2. Responsável: Inês da Silva Magalhães (051.715.848-50).
 - 1.3. Órgão: Ministério das Cidades (vinculador).
 - 1.4. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
 - 1.5. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado.
 - 1.6. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrb).



1.7. Representação legal: Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas (OAB/PE 31.920) e outros, representando Inês da Silva Magalhães e Ministério das Cidades.

1.8. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2293/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 023.563/2018-4
2. Grupo I – Classe – VII – Representação (com pedido de medida cautelar)
3. Representante: CTIS Tecnologia S.A. (CNPJ 01.644.731/0001-32)
- 3.1. Interessada: Probus Produtos e Soluções para Informática S.A. (CNPJ 63.270.797/0001-88)
4. Unidade: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE/BA)
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/BA
8. Advogados constituídos nos autos: Alexandre Rocha Pinheiro (OAB/DF 12.968); Ricardo Barreto de Andrade (OAB/DF 32.136); Maria Augusta Rost (OAB/DF 37.017); Mariana Mello Lombardi (OAB/DF 53.879)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação da empresa CTIS Tecnologia S.A acerca de supostas irregularidades ocorridas na condução do Pregão Eletrônico 09/2018 (UASG 70013), promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE/BA), para a contratação de serviços de tecnologia da informação, no que tange a **Service Desk** e sustentação de infraestrutura de tecnologia no âmbito do TRE/BA, em um período de 30 meses.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 45, **caput**, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 235, 237 e 250, inciso II, do Regimento Interno, em:

- 9.1. conhecer da presente representação;
- 9.2. determinar ao Tribunal Regional Eleitoral da Bahia que anule o ato administrativo referente à inabilitação da empresa CTIS Tecnologia S.A. no Pregão 09/2018, permitindo-se o aproveitamento dos atos anteriores àquela inabilitação para o prosseguimento do referido certame, caso seja de seu interesse;
- 9.3. dar ciência desta decisão à representante, à Probus Produtos e Soluções para Informática Ltda. e ao TRE/BA;
- 9.4. determinar à Secex/BA que monitore o efetivo cumprimento da determinação supra.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2293-38/18-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2294/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 011.819/2017-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I Pedido de Reexame (Relatório de Monitoramento)



3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessado: Comitê Paraolímpico Brasileiro (00.700.114/0001-44)
 - 3.2. Recorrente: Autoridade de Governança do Legado Olímpico (27.702.127/0001-09).
4. Órgãos/Entidades: Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO); Ministério do Esporte (ME); Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (PMRJ) e Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 (Comitê Rio 2016).
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (SECEX-RJ).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedido de reexame interposto pela Autoridade de Governança do Legado Olímpico em desfavor do Acórdão 1.662/2017 – Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer do pedido de reexame interposto para, no mérito, negar-lhe provimento;
- 9.2. dar ciência desta deliberação ao Ministério do Esporte, à Casa Civil da Presidência da República, à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO), à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (PMRJ), ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) e ao Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM-Rio).

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2294-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

- 13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
- 13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
- 13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2295/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 021.533/2017-2.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Acompanhamento (Indisponibilidade de Bens)
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Responsável: Luiz Sérgio Nogueira (566.485.378-68).
4. Órgão/Entidade: Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe).
8. Representação legal:
 - 8.1. Elísio de Azevedo Freitas (18.596/OAB-DF) e outros, representando Luiz Sérgio Nogueira.
9. Acórdão:



VISTOS, relatados e discutidos estes autos apartados para acompanhamento das medidas processuais cabíveis para efetivar a indisponibilidade de bens do Sr. Luiz Sérgio Nogueira (566.485.378-68), decretada pelos Acórdãos 1.601/2017-Plenário e 2.310/2017-Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 274 do RI/TCU, manter a medida cautelar de indisponibilidade de bens do responsável, dando-lhe ciência desta decisão;

9.2. encaminhar cópia desta decisão, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao juízo da 7ª Vara de Família de Brasília do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios;

9.3. retornar os autos à SeinfraOperações para a adoção das providências cabíveis.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2295-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.

13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2296/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 030.251/2013-3.

2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Recursos de reconsideração (Tomada de Contas Especial).

3. Recorrentes: Altemir Antônio Tortelli (402.036.700-00); Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul (05.684.806/0001-60).

4. Órgãos/Entidades: Caixa Econômica Federal; Ministério do Desenvolvimento Agrário.

5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro.

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

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).

8. Representação legal: Claudismar Zupiroli (OAB/DF 12.250) e outros, representando Altemir Antônio Tortelli e Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul;

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Altemir Antônio Tortelli e pela Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul (Fetraf/Sul) em face do Acórdão 2.903/2017-TCU-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Altemir Antônio Tortelli e pela Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul (Fetraf/Sul), com fulcro nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c art. 285 do RI/TCU, para, no mérito, negar-lhes provimento;

9.2. dar ciência desta deliberação aos recorrentes.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2296-38/18-P.



13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2297/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 031.652/2015-8.

2. Grupo I - Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria).

3. Recorrente: Luiz Antônio de Medeiros Neto (028.411.168-67).

4. Entidade: Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo.

5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).

8. Representação legal: Raphael Augusto Pinheiro Anunciação (OAB/DF 25.291).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedido de reexame interposto por Luiz Antonio de Medeiros Neto contra o Acórdão 224/2018-TCU-Plenário;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento; e

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2297-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2298/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 001.445/2014-6.

1.1. Apenso: TC-008.869/2009-8 e TC-000.879/2014-2

2. Grupo II – Classe IV – Assunto: Tomada de Contas Especial.

3. Interessado/Responsáveis:

3.1. Interessado: Ministério da Integração Nacional (MI).

3.2. Responsáveis: Alexandre Navarro Garcia (CPF 385.346.061-53), Ângelo Rosa Ribeiro (CPF 101.033.171-04), Antônio Alberto Basílio (CPF 474.514.678-72), Giuseppe Vecchi (CPF 186.921.411-00), Oton Nascimento Júnior (CPF 081.350.101-68), Ovídio Antônio de Angelis (CPF 052.931.541-68) e Wellington Carlos da Silva (CPF 004.621.521-20); Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (CNPJ 02.904.092/0001-60) e Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda. (CNPJ 26.746.289/0001-86).

4. Unidade Jurisdicionada: Estado de Goiás, Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento do



Estado de Goiás (Seplan/GO).

5. Relator: Ministro Augusto Nardes.

6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.

7. Unidade: Secretaria de Controle Externo em Goiás (Secex/GO).

8. Representação legal:

8.1. Marizete Carlos Inacio de Oliveira, CPF 956.004.181-91, representando Ovídio Antônio de Angelis (peça 30);

8.2. Ana Cristina da Costa, CPF 776.914.581-34 (peça 32) e David Levistone da Silva Souza, OAB/GO 11.750, (peça 51), representando Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (peça 32);

8.3. Luciana Daher Vieira, OAB/GO 16.528, e Murilo Nunes Magalhães, OAB/GO 22.558, representando Giuseppe Vecchi (peça 41);

8.4. Sebastião Alves Pereira Neto, OAB/DF 16.467 (peça 56), com substalecimento para Débora Silva de Brito, OAB/DF 22.301, e outros (peça 57), representando Wellington Carlos da Silva;

8.5. Leonardo Lacerda Jube, OAB/GO 26.903, representando Oton Nascimento Júnior (peça 60);

8.6. Carlos Antônio de Macedo Silva, OAB/GO 5.685, e Tiago de Paiva Faleiro, OAB/GO 38.003, representando Ângelo Rosa Ribeiro (peças 71 e 72, p. 10);

8.7. Mário Márcio Ferreira da Silva, OAB/GO 9.882, e outros, representando Antônio Alberto Basílio (peças 98 e 101).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial decorrente da conversão do TC 008.869/2009-8, determinada pelo Acórdão 3.401/2013-TCU-Plenário, o qual tratou de monitoramento do cumprimento de determinações contidas nos Acórdãos 670/2009 e 3.043/2009, ambos do Plenário, e 5.451/2009-2ª Câmara, prolatados no âmbito de fiscalizações realizadas nas obras de implantação do Projeto de Irrigação de Flores de Goiás (PIFG),

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

9.1. considerar cumpridas as determinações que constam dos itens 9.5 (c/c a determinação 9.1.3 do Acórdão 970/2009-Plenário) e 9.6 do Acórdão 3.401/2013-TCU-Plenário, prolatado no TC 008.869/2009-8, apenso aos presentes autos;

9.2. acatar as alegações de defesa de. Ângelo Rosa Ribeiro (CPF 101.033.171-04), Oton Nascimento Júnior (CPF 081.350.101-68), Giuseppe Vecchi (CPF 186.921.411-00) e da empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (CNPJ 02.904.092/0001-60);

9.3. acatar parcialmente as alegações de defesa de. Antônio Alberto Basílio (CPF 474.514.67872), Ovídio Antônio de Angelis (CPF 052.931.541-68) e da empresa Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda. (CNPJ 26.746.289/0001-86);

9.4. acolher parcialmente as razões de justificativa de Alexandre Navarro Garcia (CPF 385.346.061-53);

9.5. excluir do polo passivo processual o Sr. Wellington Carlos da Silva (CPF 004.621.521-20);

9.6. julgar regulares as contas dos senhores Ângelo Rosa Ribeiro (CPF 101.033.171-04), Oton Nascimento Júnior (CPF 081.350.101-68), Giuseppe Vecchi (CPF 186.921.411-00) e da empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (CNPJ 02.904.092/0001-60), dando-lhes quitação plena, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso I, e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 1, inciso I, 207 e 214, inciso I, do Regimento Interno/TCU;

9.7. julgar regulares com ressalva as contas dos senhores Antônio Alberto Basílio (CPF 474.514.678-72), Ovídio Antônio de Angelis (CPF 052.931.541-68) e as contas da sociedade empresária Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda. (CNPJ 26.746.289/0001-86), com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 1, inciso I, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno/TCU;



9.8. dar ciência desta deliberação aos responsáveis e ao Ministério da Integração Nacional.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2298-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator), Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.

13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2299/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 015.423/2013-1.

1.1. Apenso: 023.666/2015-3

2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame (Monitoramento)

3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:

3.1. Responsáveis: Carlo Roberto Simi (330.130.557-15); Ezequiel Sousa do Nascimento (339.653.821-87); Marcelo Aguiar dos Santos Sá (301.571.291-87); Rodolfo Peres Torelly (152.584.671-04)

3.2. Recorrentes: Ezequiel Sousa do Nascimento (339.653.821-87); Carlo Roberto Simi (330.130.557-15).

4. Órgão/Entidade: Ministério do Trabalho e Emprego (extinto).

5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.

6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin.

7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social (SecexPrevi).

8. Representação legal:

8.1. Francisco Ferreira Morbeck (46994/OAB-DF) e outros, representando Ezequiel Sousa do Nascimento e Marcelo Aguiar dos Santos Sá.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que apreciam Pedidos de Reexame interpostos pelos Srs. Ezequiel Sousa Nascimento, Secretário da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego – SPPE no período de 8/2/2008 a 11/4/2010, e Carlo Roberto Simi, Secretário da SPPE no período de 12/4/2010 a 3/6/2012, contra o Acórdão 2.838/2015–TCU–Plenário, o qual, entre outras medidas, aplicou-lhes multa pelo descumprimento da deliberação constante do item 9.3.5 do acórdão 1687/2009-TCU;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, 33 e 48, da Lei nº 8.443/1992, em:

9.1 conhecer dos Pedidos de Reexame para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;

9.2. em conformidade com o Enunciado de Súmula 145 desta Corte, retificar o erro material constante do item 9.6 do Acórdão 2.838/2015-TCU-Plenário, prolatado em 4/11/2015, de modo que, onde se lê “Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento (CPF 152.584.671-04)”, leia-se “Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento (CPF 339.653.821- 87)”;

9.3. alterar o valor da multa aplicada no item 9.4 do Acórdão 2.838/2015-TCU-Plenário ao sr. Carlo Roberto Simi para R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais);



9.4. alterar o valor da multa aplicada no item 9.6 do Acórdão 2.838/2015-TCU-Plenário ao sr. Ezequiel Sousa do Nascimento para R\$ 3.000,00 (três mil reais);

9.5. dar ciência desta deliberação aos recorrentes e aos demais interessados.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2299-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz (Relator), José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2300/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 018.120/2018-0.

1.1. Apensos: TC 023.497/2018-1 e TC 029.997/2018-6

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação (pedido de medida cautelar).

3. Interessados/Responsáveis:

3.1. Interessados: Instituto Butantan (61.821.344/0001-56); Instituto de Tecnologia do Paraná - Tecpar (77.964.393/0001-88)

3.2. Responsável: Ricardo Jose Magalhaes Barros (424.789.799-34).

4. Órgãos/Entidades: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos.

5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaude).

8. Representação legal:

8.1. Paulo Luis Capelotto (47.259/OAB-SP), representando Instituto Butantan.

8.2. Maurício Ricardo Tinello (149.281/OAB-SP) e outros, representando Libbs Farmaceutica Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que apreciam representação da unidade técnica a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Ministério da Saúde (MS), relacionadas à aquisição do medicamento Trastuzumabe para utilização no Sistema Único de Saúde (SUS), em âmbito de Parceira para o Desenvolvimento Produtivo – PDP.

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

9.1. conhecer da presente representação, uma vez atendidos os pressupostos de admissibilidade dispostos no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU e no art. 106 da Resolução TCU 259/2014;

9.2. uma vez presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, determinar, cautelarmente, nos termos do art. 276, **caput**, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Saúde que:

9.2.1. adote todas as medidas necessárias, com a urgência que o caso requer, para evitar o desabastecimento do medicamento;

9.2.2. até ulterior decisão deste Tribunal, suspenda a execução da Parceria para o Desenvolvimento Produtivo firmada com o Instituto de Tecnologia do Paraná (Tecpar), por meio do Termo de Compromisso 12/2017, para a produção e fornecimento ao SUS do medicamento



trastuzumabe, abstendo-se de realizar novos contratos ou aditivos no âmbito do acordo, ou efetivar aquisições por preço acima do de mercado;

9.2.3. retenha 27,39% de todas as despesas, pagas ou a pagar, em razão das parcelas já adimplidas ou a adimplir pela contratada, no âmbito do Contrato 61/2018, a título de excedente ao preço de mercado do medicamento;

9.3. **em caráter excepcional**, autorizar o Ministério da Saúde a adquirir, no âmbito da parceria ora suspensa conforme determinado no item 9.2.1 deste acórdão, 161.668 frascos-ampola do trastuzumabe 150mg junto ao Instituto de Tecnologia do Paraná, em complementação ao quantitativo adquirido por meio do Contrato 61/2018, quantidade que a SCTIE/MS (peça 58, p.3) informa ser necessário para o contínuo e regular abastecimento da rede, **no curto prazo**, nos termos mencionados na Nota Técnica 327/2018-CGCEAF/DAF/SCTIE/MS, adotando como preço **máximo** de referência, o valor da última aquisição realizada pelo Ministério da Saúde (R\$ 938,94), devendo iniciar, **de imediato**, os procedimentos para a aquisição do referido fármaco para o período subsequente à aquisição ora autorizada;

9.4. encaminhar cópia da presente deliberação ao Ministério da Saúde e ao Instituto de Tecnologia do Paraná, bem como informar aos interessados que o relatório e o voto que a fundamentarem estarão disponíveis no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso exista interesse, o Tribunal poderá encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos;

9.5. restituir os autos à SecexSaúde para que adote as providências cabíveis e dê continuidade às análises com a urgência que o caso requer.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2300-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2301/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 005.760/2018-6.

2. Grupo I - Classe VII - Representação

3. Representante: TLD Teledata Tecnologia em Conectividade Ltda. (CNPJ 80.043.904/0001-33)

3.1. Interessada: Digi Soluções de Comunicação Ltda. (CNPJ 06.126.611/0002-48)

4. Unidade: Banco do Brasil S.A.

5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro

6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé

7. Unidades Técnicas: Secex/SP e Sefti

8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação apresentada em face do Pregão Eletrônico 2017/04616, conduzido pelo Banco do Brasil S.A., para a contratação de serviços de manutenção e suporte técnico para a solução de infraestrutura tecnológica integrada para a Central de Atendimento do Banco do Brasil (CABB).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 71, inciso IX, da CRFB/1988,



combinado com o art. 45, **caput**, da Lei 8.443/1992, combinados com os arts. 235, **caput**; 237, inciso VII, e parágrafo único; e 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e com o art. 87, § 1º, da Lei 13.303/2016, em:

- 9.1. conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la procedente;
- 9.2. assinar prazo de 15 (quinze) dias para que o Banco do Brasil adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o Pregão Eletrônico 2017/04616 (7421) e os atos dele decorrentes, informando a esta Corte, no mesmo prazo, as medidas adotadas;
- 9.3. determinar ao Banco do Brasil que, caso opte pela reedição do Pregão Eletrônico 2017/04616 (7421), encaminhe ao Tribunal cópia do respectivo edital, previamente à sua publicação, indicando expressamente as modificações feitas nesse instrumento ou no respectivo termo de referência de forma a elidir as irregularidades observadas, e, especialmente, que:
 - 9.3.1. se abstenha de incluir exigências para habilitação técnica relativas ao credenciamento junto aos fabricantes sem expressa justificativa no processo licitatório e sem prévio exame conclusivo e cabalmente demonstrado do impacto dessa exigência na restrição da competitividade do certame;
 - 9.3.2. faça juntar aos autos do procedimento licitatório sua estimativa de custos; e
 - 9.3.3. realize estudos e institua requisitos de qualificação técnica suficientes para resguardar os interesses da instituição sem que esses elementos venham causar restrição ao caráter competitivo do certame;
- 9.4. dar ciência deste acórdão à representante, à empresa Digi Soluções de Comunicação Ltda. e ao Banco do Brasil;
- 9.5. arquivar o presente processo.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2301-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2302/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.365/2015-5

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Desestatização

3. Interessado: Tribunal de Contas da União

4. Unidades: Agência Nacional de Energia Elétrica e Ministério de Minas e Energia

5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: SeinfraElétrica

8. Advogado constituído nos autos: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de desestatização, respeitante ao quinto estágio do processo de alienação do controle acionário da Celg Distribuição S.A.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 258, inciso II, do Regimento Interno do TCU e na Instrução Normativa TCU 27/1998, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar atendidos os requisitos previstos no inciso V do art. 2º da Instrução Normativa TCU 27/1998 para a privatização da Celg-D;



9.2. dar ciência desta decisão à Agência Nacional de Energia Elétrica e ao Ministério de Minas e Energia;

9.3. arquivar o processo.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2302-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2303/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 028.487/2017-6

2. Grupo I – Classe I – Pedido de Reexame (em Aposentadoria)

3. Recorrentes: Neusa Baldasso Pires da Costa (CPF 185.917.790-53), Nilo Manoel Mattia (CPF 030.866.070-68), Nívian Terezinha Fontoura de Barros (CPF 305.506.290-68), Norma Leal Podolsky Paes (CPF 160.737.700-49) e Paulo Ari Benício (CPF 010.213.620-34)

4. Unidade: Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Rio Grande do Sul

5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler

6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva

7. Unidades Técnicas: Sefip e Serur

8. Advogado constituído nos autos: Felipe Teixeira Vieira (OAB/DF 31.718)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam, nesta fase processual, de pedidos de reexame interpostos por Neusa Baldasso Pires da Costa, Nilo Manoel Mattia, Nívian Terezinha Fontoura de Barros, Norma Leal Podolsky Paes e Paulo Ari Benício contra o Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), que considerou legais seus atos de aposentadoria, mas determinou o ajuste dos proventos, com a cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, em:

9.1. conhecer dos presentes recursos para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;

9.2. suspender o cumprimento do item 9.2.1 do Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler) enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança 35.498/DF;

9.3. determinar à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Rio Grande do Sul que acompanhe o deslinde do Mandado de Segurança 35.498/DF na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o acórdão prolatado por este Corte de Contas, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa;

9.4. autorizar a Sefip a encaminhar informações à Consultoria Jurídica do TCU e ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União para a adoção das providências cabíveis acerca do processo judicial acima referido, nos termos da questão de ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011;

9.5. dar ciência desta deliberação aos recorrentes.



10. Ata nº 38/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2303-38/18-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes e Bruno Dantas.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2304/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 028.589/2017-3
2. Grupo I – Classe I – Pedido de Reexame (em Aposentadoria)
3. Recorrentes: Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo (CPF 243.573.913-34), José Gama de Queiroz Filho (CPF 045.398.183-68), José Glêbe Duarte Guedes (CPF 080.238.244-49) e Vitória Márcia Araújo Amâncio (CPF 266.832.883-72)
4. Unidade: Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva
7. Unidades Técnicas: Sefip e Serur
8. Advogado constituído nos autos: Felipe Teixeira Vieira (OAB/DF 31.718)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam, nesta fase processual, de pedidos de reexame interpostos por Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo, José Gama de Queiroz Filho, José Glêbe Duarte Guedes e Vitória Márcia Araújo Amâncio contra o Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), que destacou o ato de aposentadoria de Vitória Márcia Araújo Amâncio e considerou legais os outros três atos de concessão, mas determinou o ajuste dos proventos dos referidos servidores, com a cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, em:

- 9.1. conhecer dos presentes recursos para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;
- 9.2. suspender o cumprimento do item 9.2.2 do Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler) enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança 35.498/DF;
- 9.3. determinar à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará que acompanhe o deslinde do Mandado de Segurança 35.498/DF na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o acórdão prolatado por este Corte de Contas, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa;
- 9.4. autorizar a Sefip a encaminhar informações à Consultoria Jurídica do TCU e ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União para a adoção das providências cabíveis acerca do processo judicial acima referido, nos termos da questão de ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011;
- 9.5. dar ciência desta deliberação aos recorrentes.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.



11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2304-38/18-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes e Bruno Dantas.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2305/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 007.519/2014-1
2. Grupo I – Classe I – Recurso de Reconsideração.
3. Recorrentes/Responsáveis:
 - 3.1. Recorrentes: Edimar Gomes da Silva (CPF 134.463.088-06), Luiz Gustavo Machado (CPF 813.598.538-04) e Marcus André Almeida (CPF 778.995.121-15).
 - 3.2. Responsáveis: Edimar Gomes da Silva (CPF 134.463.088-06), Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável - Ibrasi (CNPJ 07.054.515/0001-13), Kerima Silva Carvalho (CPF 066.401.516-69), Luiz Gustavo Machado (CPF 813.598.538-04) e Marcus André Almeida (CPF 778.995.121-15).
4. Unidades: Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável - Ibrasi e Ministério do Turismo - MTur.
5. Relatora: ministra Ana Arraes.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos - Serur.
8. Representação legal:
 - 8.1. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Júlio Cesar Chaves Cocolichio (OAB/SP 303.423) e outros representando Luiz Gustavo Machado;
 - 8.2. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros representando o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável;
 - 8.3. Guilherme Antônio Brito Gonçalves Barbosa (OAB/DF 45.197) e outros representando Edimar Gomes da Silva;
 - 8.4. Lucas Ferreira Paz Rebuá (OAB/DF 28.950) e outro representando Marcus André Almeida;
 - 8.5. Júlio Cesar Chaves Cocolichio representando Nathalia Paschoal Machado.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes recursos de reconsideração contra o acórdão 170/2017, mantido pelo acórdão 2.346/2017, ambos do Plenário.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, diante das razões expostas pela relatora e com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, em:

 - 9.1. conhecer dos recursos de reconsideração interpostos por Marcus André Almeida, Luiz Gustavo Machado e Edimar Gomes da Silva e negar-lhes provimento;
 - 9.2. dar ciência deste acórdão aos recorrentes, ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo e aos demais comunicados da deliberação original.
10. Ata nº 38/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2305-38/18-P.



13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes (Relatora) e Bruno Dantas.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.

13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2306/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 008.528/2016-0

2. Grupo II – Classe I – Embargos de Declaração.

3. Recorrente: Carlos César Pereira (CPF 309.546.309-04).

4. Unidade: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

5. Relatora: ministra Ana Arraes.

5.1. Relatora da deliberação recorrida: ministra Ana Arraes.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: não atuou.

8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes embargos de declaração, opostos por Carlos César Pereira contra o acórdão 1.967/2018 - Plenário.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, com fulcro nos arts. 32 e 34 da Lei 8.443/1992, em:

9.1. conhecer destes embargos de declaração e rejeitá-los;

9.2. dar ciência desta deliberação ao embargante.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2306-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes (Relatora) e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2307/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 015.601/2009-0

2. Grupo II – Classe I – Embargos de Declaração.

3. Recorrente: Construtora Artec S/A (CNPJ 00.086.165/0001-28).

4. Unidade: Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Distrito Federal (atual Secretaria de Agricultura, Abastecimento e Desenvolvimento Rural do Distrito Federal).

5. Relatora: ministra Ana Arraes.

5.1. Relatora da deliberação recorrida: ministra Ana Arraes.

6. Representante do Ministério Público: subprocurador-geral Lucas Rocha Furtado.

7. Unidade Técnica: não atuou.

8. Representação legal: Henrique Neves da Silva (OAB/DF 7.505) e outros representando a Construtora Artec S/A; Marcus Vinícius Labre Lemos de Freitas (OAB/GO 14.282) e outros representando a ACJ - Construções e Incorporações S/A; Normando Augusto Cavalcanti Júnior



(OAB/DF 13.454) e outros representando a Fahma Planejamento e Engenharia Ltda.; Tiago Camargo Thomé Maya Monteiro (OAB/DF 20.660) representando a Construtora Gautama Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos os embargos de declaração opostos pela Construtora Artec S/A contra o acórdão 2.851/2016 - Plenário.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, em:

- 9.1. conhecer dos embargos de declaração e negar-lhes provimento;
- 9.2. dar ciência desta deliberação à embargante, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - SLTI/MPDG e ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2307-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes (Relatora) e Bruno Dantas.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.

13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2308/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 031.461/2018-2.

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII - Representação

3. Interessado: Jaime Trentin (496.411.071-00)

3.1. Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992)

3.2. Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).

4. Órgão/Entidade: não há.

5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado de Mato Grosso (SECEX-MT).

8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pelo sr. Jaime Trentin, administrador da empresa Jaime Trentin & Cia. Ltda. (CNPJ 08.914.393/0001-50), com fundamento no art. 113, § 1º da Lei 8.666/1993, noticiando possíveis irregularidades na contratação decorrente do Pregão Presencial 12/2018, promovido pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Departamento Regional no Estado de Mato Grosso (Senai/MT), para fornecimento de mobiliário no valor de até R\$ 15,8 milhões;

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

9.1. conhecer da presente representação, por atender aos requisitos legais e regimentais de admissibilidade;

9.2. referendar a cautelar suspensiva concedida por meio do despacho acostado à peça 10, com todas as demais decisões ali proferidas, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU; e



9.3. determinar que a unidade técnica dê prosseguimento ao presente feito, com a urgência que o caso requer.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2308-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2309/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 016.032/2018-7.

2. Grupo I – Classe de Assunto: II -Solicitação do Congresso Nacional.

3. Interessados: Senado Federal (vinculador) (00.530.279/0001-15).

4. Órgão/Entidade: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA).

5. Relator: Ministro Bruno Dantas.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).

8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação do Congresso Nacional, enviada a esta Corte nos termos do Ofício 24/2018/CTFC, de 23/5/2018, do Senador Ataídes Oliveira, presidente da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal, por meio do qual encaminha o Requerimento 17/2018-CTFC, de autoria do Senador Pedro Chaves, no qual requisita “as cópias dos resultados de fiscalizações realizadas no âmbito do Relatório de Acompanhamento (Racom/TCU) em face dos contratos de concessões de ferrovias detidos pela Vale S/A e suas coligadas”.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária Extraordinária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Solicitação do Congresso Nacional, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c os artigos 3º, inciso II, e 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução TCU 215/2008;

9.2. informar ao presidente da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal, com fundamento no art. 17 da Resolução TCU 215/2008 e em resposta ao Ofício 24/2018 que :

9.2.1. não houve, até o momento, qualquer apreciação de mérito do TCU a respeito da prorrogação antecipada dos contratos das ferrovias concedidas à Vale S.A., porque os estudos de que trata a Lei 13.448/2017, em fase de finalização no âmbito do poder concedente, ainda não foram remetidos ao Tribunal;

9.2.2. segundo o cronograma disponibilizado pela Secretaria do Programa de Parcerias de Investimento vinculada à Presidência da República (SPPI/PR), os estudos da RUMO S.A. – Malha Paulista serão entregues a este Tribunal neste mês de outubro e os relativos às ferrovias sob gestão da Vale S.A. no mês de novembro, estes últimos a serem analisados no TC 027.963/2018-7;

9.2.3. no âmbito do TC 009.032/2016-9, foi realizada fiscalização no que tange à prorrogação antecipada da concessionária RUMO S.A. - Malha Paulista, na modalidade de acompanhamento, ainda



pendente de apreciação pelo Tribunal, cujas temáticas tratadas são transversais a todos os processos futuros de prorrogação antecipada;

9.3. encaminhar ao presidente da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal cópia do relatório de acompanhamento (peça 81 do TC-009.032/2016-9);

9.4. juntar cópia da presente deliberação ao TC-009.032/2016-9;

9.5. considerar atendida a presente solicitação, nos termos do art. 17 da Resolução TCU 215/2008;

9.6. determinar à SeinfraPortoFerrovia que encaminhe ao Senador Pedro Chaves, autor do Requerimento 17/2018, informações sobre os estudos técnicos para a prorrogação antecipada de contratos de concessões de ferrovias concedidas à Vale S.A ou suas coligadas tão logo sejam analisados por esta Corte, bem como deliberações que vierem a ser adotadas por este Tribunal a respeito das prorrogações antecipadas das concessões da Vale S.A. e da RUMO S.A. – Malha Paulista;

9.7. dar ciência desta deliberação ao Senador Pedro Chaves;

9.8. arquivar o presente processo com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2309-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2310/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 024.768/2017-0.

1.1. Apensos: 006.906/2018-4; 011.725/2018-4

2. Grupo I – Classe de Assunto: V – Auditoria Operacional.

3. Interessados/Responsáveis: não há.

4. Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA).

5. Relator: Ministro Bruno Dantas.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).

8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria operacional com o objetivo de verificar os gargalos que impactam a eficiência dos portos brasileiros.

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

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

9.1.1. no prazo de 180 dias, desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários na movimentação de contêineres,

com vistas a harmonizar objetivos de usuários e prestadores de serviço, preservado o interesse público, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/2001;

9.1.2. no prazo de 180 dias, regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos relativos à movimentação de contêineres, com vistas a subsidiar as análises de abusividade de preços e tarifas de terminais e operadores portuários, definindo referenciais de eficiência, nos termos do inciso IV do art. 11 da Lei 10.233/2001;

9.1.3. no prazo de 180 dias, estabeleça medidas para acompanhar, de forma sistemática, o comportamento dos preços e tarifas praticados no segmento de contêiner, nos termos do inciso II do art. 27 da Lei 10.233/2001;

9.1.4. no prazo de 30 dias, apresente ao TCU plano de ação com vistas a evidenciar como se dará o atendimento às determinações acima, designando as tarefas a serem executadas, os responsáveis por tais medidas (nomes e cargos) e o prazo para implementação;

9.2. recomendar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno:

9.2.1. à Companhia Docas do Estado de São Paulo, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, que:

9.2.1.1. em conjunto com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, avalie a possibilidade de adotar a dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, bem como considere a possibilidade de utilizar a dragagem de recuperação em virtude das enchentes ou outros fenômenos hidrológicos em seus contratos de dragagem de manutenção, à semelhança das realizadas em experiências internacionais mencionadas no relatório de auditoria (EUA e Austrália);

9.2.1.2. considere os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das operações portuárias, bem como a possibilidade de instituir a remuneração variável de que trata a Lei 12.462/2011;

9.2.1.3. em conjunto com o ministério supervisor, elabore plano de ação para saneamento financeiro da estatal, em especial com relação às dívidas cíveis e trabalhistas, e encaminhe o referido plano ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para fins de análise e acompanhamento;

9.2.1.4. se articule com o ministério supervisor, a Secretaria de Patrimônio da União (SPU) e o Ministério da Defesa a fim de definir os locais onde os equipamentos de VTMS devem ser instalados;

9.2.1.5. reavalie a profundidade dos berços de atracação e promova a adequação dos respectivos projetos, tendo em conta a dragagem de manutenção tecnicamente viável e a profundidade de projeto dos canais de acesso, ou apresente justificativa fundamentada para a não adoção da medida, para os seguintes berços: AL 01, AL 02, AL 03, AL 04, BTP 01, BTP 02, BTP 03, AGE0 01, CS 01, VALONGO, ARM 10, ARM 11, ARM 13/14, ARM 15, ARM 16/17, ARM 19, CURVA 23, OUTEIRINHOS 03, OUTEIRINHOS 02(MB), OUTEIRINHOS 01(MB), ARM 33/34, 37 Pto 1 e 2, TERMAG, TGG, TECON 4, e TECON 3;

9.2.2. à Companhia Docas do Estado do Rio de Janeiro, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, que:

9.2.2.1. em conjunto com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, avalie a possibilidade de adotar a dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, bem como considere a possibilidade de incluir a dragagem de recuperação em virtude das enchentes ou outros fenômenos hidrológicos em seus contratos de dragagem de manutenção, à semelhança das realizadas em experiências internacionais mencionadas no relatório de auditoria (EUA e Austrália);

9.2.2.2. considere os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das operações portuárias, bem como a possibilidade de instituir a remuneração variável de que trata a Lei 12.462/2011;



9.2.2.3. em conjunto com o ministério supervisor, elabore plano de ação para saneamento financeiro da estatal, em especial com relação às dívidas cíveis e trabalhistas, e encaminhe o referido plano ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para fins de análise e acompanhamento;

9.2.2.4. se articule com o ministério supervisor, a Secretaria de Patrimônio da União (SPU) e o Ministério da Defesa a fim de definir os locais onde os equipamentos de VTMS devem ser instalados.

9.2.3. à Companhia Docas do Pará, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, que:

9.2.3.1. em conjunto com o ministério supervisor, elabore plano de ação para saneamento financeiro da estatal, em especial com relação à folha de pagamentos e às dívidas cíveis e trabalhistas, e encaminhe o referido plano ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para fins de análise e acompanhamento; e

9.2.3.2. elabore estudo de viabilidade técnica e econômica para a dragagem de aprofundamento do canal de acesso ao Porto de Belém, a fim de que possa adequá-lo à profundidade necessária às operações aquaviárias;

9.2.4. à Superintendência do Porto de Itajaí, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, que:

9.2.4.1. em conjunto com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, avalie a possibilidade de adotar a dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, bem como considere a possibilidade de incluir a dragagem de recuperação em virtude das enchentes ou outros fenômenos hidrológicos em seus contratos de dragagem de manutenção, à semelhança do realizado em experiências internacionais mencionadas no relatório de auditoria (EUA e Austrália);

9.2.4.2. considere os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das operações portuárias, bem como a possibilidade de instituir a remuneração variável de que trata a Lei 12.462/2011;

9.2.5. à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, que:

9.2.5.1. adote providências no sentido de integrar o sistema de peticionamento eletrônico para emissão do licenciamento da importação ao Portal Único do Comércio Exterior, articulando-se, para tanto, com a Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e a Secretaria da Receita Federal do Brasil;

9.2.5.2. aprimore o processo de emissão de Licenciamento de Importação (LI), considerando os seguintes aspectos:

9.2.5.2.1. adoção de critérios e orientações padronizadas para a definição de realização de inspeções físicas;

9.2.5.2.2. adoção da gestão de risco para análise dos processos de emissão de LI, considerando, ao menos, as particularidades dos produtos importados e do importador;

9.2.5.2.3. estabelecimento de procedimentos operacionais padrão e/ou manuais operacionais, de modo que as ações relacionadas aos licenciamentos de importação sob vigilância sanitária sejam realizadas de forma padronizada, à exceção dos casos com particularidades comprovadamente justificadas; e

9.2.5.2.4. adoção de rotina para aferição da qualidade das análises realizadas nos processos de emissão de LI, utilizando as informações geradas como instrumento para *feedback* e treinamento permanente do corpo de fiscais.

9.3. determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à Companhia Docas do Estado de São Paulo, à Companhia Docas do Rio de Janeiro, à Companhia Docas do Pará, à Agência Nacional de Vigilância Sanitária e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que encaminhem a este Tribunal, no prazo de 30 dias, plano de ação, com indicação de cronograma, etapas intermediárias, atividades e responsáveis, para a



implementação das recomendações contidas no item 9.2 e seus subitens, conforme a competência de cada entidade, ou justificativa sobre a decisão de não implementar tais recomendações;

9.4. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e, no que respeita à supervisão ministerial, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, que a Resolução-Antaq 2.389/2012 não tem se mostrado efetiva para assegurar um dos principais objetivos de regulação setorial a cargo da Agência, em desatenção à Lei 10.233/2011, art. 20, inc. II, alíneas “a” e “b”, especialmente no que respeita à modicidade das tarifas, ao cumprimento de padrões de eficiência e à harmonização dos objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, de forma a arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica;

9.5. encaminhar cópia deste acórdão ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, à Companhia Docas do Estado de São Paulo, à Companhia Docas do Rio de Janeiro, à Companhia Docas do Pará, à Superintendência do Porto de Itajaí, à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços;

9.6. autorizar a SeinfraPortoFerrovia a monitorar implementação das deliberações deste acórdão em processo específico;

9.7. determinar à SeinfraPortoFerrovia que autue processo apartado para dar continuidade ao exame dos indícios de irregularidades identificados neste processo relacionados a tarifas e preços praticados em terminais de contêineres, observando a atuação da Antaq na prevenção de riscos e eventos decorrentes de competição imperfeita ou infração da ordem econômica em prejuízo do usuários;

9.8. autorizar, no âmbito do processo apartado mencionado no subitem 9.7, as medidas necessárias à adequada instrução processual (diligências, oitivas e inspeção), conforme escopo a ser definido pela unidade instrutora envolvendo os seguintes aspectos:

9.8.1. ocorrência de abusividade na cobrança de preços pelos terminais de contêineres e critérios de reajuste;

9.8.2. legalidade da cobrança de tarifas e/ou preços por meio de alíquota *ad valorem* para armazenagem e movimentação de contêineres, bem como a possível caracterização de duplicidade de taxa sobre o serviço, tendo em conta o princípio de pagamento pelo usuário por custos dos serviços em regime de eficiência e o princípio da modicidade tarifária;

9.8.3. imprecisão dos contratos de arrendamento quanto à definição dos serviços (indispensáveis, acessórios e complementares) no ciclo de importação e exportação de contêineres por terminais arrendados.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2310-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2311/2018 – TCU – Plenário

1. Processo n.º TC 028.620/2017-8.

2. Grupo I – Classe de Assunto I – Pedido de Reexame (Aposentadoria).

3. Recorrentes: Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil



(Sindireceita); Mara Helena Resende Gomes (323.558.746-20); Maria Lúcia Campos da Silva (487.215.656-00).

3.1. Interessados: Mara Helena Resende Gomes (323.558.746-20); Maria Helena Jerônimo Pinto (191.344.366-34); Maria Lúcia Campos da Silva (487.215.656-00); Maria Lúcia Macedo Antunes (455.972.516-00); Maria Margarida Vasconcelos Lima (445.072.676-68).

4. Órgão: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais.

5. Relator: Ministro Bruno Dantas.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro.

6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).

8. Representação legal: Claudio Renato do Canto Farág (OAB/DF 14.005 e OAB/SP 389.410) e outros, representando Mara Helena Resende Gomes; Alessandra Damian Cavalcanti (OAB/DF 17.717) e outros, representando o Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil e Maria Lúcia Campos da Silva.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedidos de reexame interpostos por Mara Helena Resende Gomes, Maria Lúcia Campos da Silva e pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil contra o Acórdão 2.761/2017-TCU-Plenário, por intermédio do qual este Tribunal considerou legais os atos de aposentadoria dos interessados e determinou a exclusão da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade dos seus proventos;

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

9.1. com fundamento nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, conhecer e dar provimento parcial aos presentes pedidos de reexame;

9.2. suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.761/2017-TCU-Plenário enquanto estiverem vigentes as liminares deferidas no âmbito dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, em trâmite no âmbito do Supremo Tribunal Federal;

9.3. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais que acompanhe os Mandados de Segurança referidos no subitem anterior e, em caso de decisão desfavorável à entidade representativa das carreiras dos interessados, faça cumprir o disposto no subitem 9.2.2 do Acórdão 2.761/2017-TCU-Plenário, sob pena de responsabilização solidária da autoridade administrativa omissa;

9.4. dar ciência deste acórdão aos recorrentes e à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2311-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2312/2018 – TCU – Plenário

1. Processo n.º TC 028.650/2017-4.

2. Grupo II – Classe de Assunto I – Pedido de Reexame (Aposentadoria).



3. Recorrentes: Jose Maria Lopes da Cunha (718.408.778-04); José Antonio Homem (536.885.036-00); José Fernando Pereira de Almeida (006.600.408-08).

3.1. Interessados: Jose Maria Lopes da Cunha (718.408.778-04); Jose Roberto Martinez (727.870.408-10); José Antonio Homem (536.885.036-00); José Fernandes Barbosa (832.617.028-34); José Fernando Pereira de Almeida (006.600.408-08); José Rubens Gomes Carneiro (966.629.648-91).

4. Órgão: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo.

5. Relator: Ministro Bruno Dantas.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro.

6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).

8. Representação legal: Claudio Renato do Canto Farág (OAB/DF 14.005 e OAB/SP 389.410) e outros, representando José Fernando Pereira de Almeida, José Antonio Homem e Jose Maria Lopes da Cunha.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedidos de reexame interpostos por Jose Maria Lopes da Cunha, José Antonio Homem e José Fernando Pereira de Almeida contra o Acórdão 112/2018-TCU-Plenário, por intermédio do qual este Tribunal considerou legais os atos de aposentadoria dos interessados e determinou a exclusão da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade dos seus proventos;

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

9.1. com fundamento nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, conhecer e dar provimento parcial aos presentes pedidos de reexame;

9.2. suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 112/2018-TCU-Plenário enquanto estiverem vigentes as liminares deferidas no âmbito dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, em trâmite no âmbito do Supremo Tribunal Federal;

9.3. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo que acompanhe os Mandados de Segurança referidos no subitem anterior e, em caso de decisão desfavorável à entidade representativa das carreiras dos interessados, faça cumprir o disposto no subitem 9.2.2 do Acórdão 112/2018-TCU-Plenário, sob pena de responsabilização solidária da autoridade administrativa omissa;

9.4. dar ciência deste acórdão aos recorrentes e à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2312-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2313/2018 – TCU – Plenário

1. Processo n.º TC 028.677/2017-0.

2. Grupo I – Classe de Assunto I – Pedido de Reexame (Aposentadoria).

3. Recorrentes: Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil (Sindireceita); Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim (481.768.429-15); Marilene da Silva Alvarenga



(415.930.819-87); Marisa Soares Mondadori (365.430.550-49); Mercedes Jacinta Andrade Calazans (416.999.809-00).

3.1. Interessados: Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim (481.768.429-15); Marilene da Silva Alvarenga (415.930.819-87); Marisa Soares Mondadori (365.430.550-49); Mercedes Jacinta Andrade Calazans (416.999.809-00); Nanci Rateke Ramos (399.329.239-15).

4. Órgão: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina.

5. Relator: Ministro Bruno Dantas.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro.

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

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).

8. Representação legal: Claudio Renato do Canto Farág (OAB/DF 14.005 e OAB/SP 389.410) e outros, representando Mercedes Jacinta Andrade Calazans, Marilene da Silva Alvarenga e Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim; Alessandra Damian Cavalcanti (OAB/DF 17.717) e outros, representando o Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedidos de reexame interpostos por Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim, Marilene da Silva Alvarenga, Marisa Soares Mondadori, Mercedes Jacinta Andrade Calazans e pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil contra o Acórdão 2.769/2017-TCU-Plenário, por intermédio do qual este Tribunal considerou legais os atos de aposentadoria das interessadas e determinou a exclusão da vantagem relativa ao Bônus de Eficiência e Produtividade dos seus proventos;

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

9.1. com fundamento nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, conhecer e dar provimento parcial aos presentes pedidos de reexame;

9.2. suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.769/2017-TCU-Plenário enquanto estiverem vigentes as liminares deferidas no âmbito dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, em trâmite no âmbito do Supremo Tribunal Federal;

9.3. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina que acompanhe os Mandados de Segurança referidos no subitem anterior e, em caso de decisão desfavorável à entidade representativa das carreiras das interessadas, faça cumprir o disposto no subitem 9.2.2 do Acórdão 2.769/2017-TCU-Plenário, sob pena de responsabilização solidária da autoridade administrativa omissa;

9.4. dar ciência deste acórdão aos recorrentes e à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2313-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2314/2018 – TCU – Plenário

1. Processo 024.143/2018-9.



2. Grupo: I – Classe de Assunto: VII – Solicitação.
3. Interessado: Centro de Controle Interno da Aeronáutica.
4. Órgão: Comando da Aeronáutica.
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública – SecexDefesa.
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Solicitação formulada pelo Chefe do Centro de Controle Interno da Aeronáutica, com a finalidade de prorrogar o prazo para encaminhamento ao TCU de Tomada de Contas Especial instaurada pelo Secretaria de Economia e Finanças – Sefa, por meio da Portaria Sefa 131 Ajur, de 26/12/2017 (peça 9).

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

- 9.1. conhecer da presente Solicitação, nos termos do art. 11, § 3º, da IN/TCU 71/2012;
- 9.2. autorizar que o Centro de Controle Interno da Aeronáutica conclua e encaminhe ao Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da ciência desta deliberação, o processo de Tomada de Contas Especial deflagrado pela Portaria Sefa 131 Ajur, de 26/12/2017, devendo o interessado empreender esforços para tal mister no prazo ora deferido;
- 9.3. arquivar estes autos.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2314-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa (Relator).

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO nº 2315/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.438/2018-8.
2. Grupo: I; Classe de Assunto: VII – Solicitação.
3. Interessado: Centro de Controle Interno do Exército.
4. Órgão: Comando do Exército.
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública – SecexDefesa.
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Solicitação formulada pelo Chefe do Centro de Controle Interno do Exército, com a finalidade de prorrogar o prazo, por 90 (noventa) dias, para encaminhamento ao TCU de quatro tomadas de contas especial instauradas pelas Portarias 376 a 379, todas de 15/3/2018.



ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. prorrogar, com fundamento no art. 11, § 3º, da Instrução Normativa/TCU 71/2012, o prazo até 10/12/2018 para que o Centro de Controle Interno do Exército/Comando do Exército encaminhe ao TCU os processos de tomada de contas especial deflagrados pelas Portarias 376 a 379, todas de 15/3/2018, respectivamente, no Laboratório Químico e Farmacêutico do Exército, na Comissão Regional de Obras da 2ª Região Militar, no 7º Depósito de Suprimento e no 9º Batalhão de Engenharia de Construção;

9.2. dar ciência deste Acórdão ao requerente;

9.3. arquivar estes autos.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2315-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa (Relator).

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2316/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 001.054/2018-0.

2. Grupo II – Classe I – Assunto: Embargos de Declaração.

3. Embargantes: Marcelo José Salles de Almeida (CPF 738.146.287-72); Michel Fonseca Alexandre (CPF 094.630.367-33); Rodolfo Serpa Filho (CPF 071.622.847-52); Rogéria da Silva Savelli Guimarães (CPF 771.157.247-68).

4. Entidades: Administração Regional do Serviço Social do Comércio no Estado do Rio de Janeiro – Sesc-ARRJ e Administração Regional do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial no Estado do Rio de Janeiro – Senac-ARRJ.

5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex-RJ).

8. Representação legal:

8.1. José Roberto Borges (OAB-RJ 56.635) e outros, representando Marcelo José Salles de Almeida.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que, no presente momento, tratam de embargos de declaração opostos por Marcelo José Salles de Almeida, Michel Fonseca Alexandre, Rodolfo Serpa Filho e Rogéria da Silva Savelli Guimarães em face do Acórdão 1.678/2018 proferido pelo Plenário do TCU, diante de possíveis irregularidades na Concorrência Conjunta Sesc-ARRJ e Senac-ARRJ nº 2/2017 para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de implantação de TV institucionais em prol do Sesc-ARRJ e do Senac-ARRJ, contemplando a instalação com a manutenção das telas, o suporte e o eventual desenvolvimento de conteúdo;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração para, no mérito, rejeitá-los, nos termos dos arts. 32, II, e 34 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 287 do RITCU; e



9.2. dar ciência da presente deliberação aos ora embargantes.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2316-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.

13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho (Relator) e Weder de Oliveira.

ACÓRDÃO Nº 2317/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 025.496/2018-2.

2. Grupo I – Classe VII - Assunto: Representação

3. Interessado/Representante:

3.1. Interessado: Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp).

3.2. Representante: Construrban Logística Ambiental Ltda.

4. Entidade: Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp).

5. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo em São Paulo (Secex-SP).

8. Representação legal: Paula Keiko Iwamoto Poloni (177.336/OAB-SP), representando Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo; Monica Lima dos Santos (254367/OAB-SP), representando Construrban Logística Ambiental Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela empresa Construrban Logística Ambiental Ltda. noticiando possíveis irregularidades no edital de chamamento 01/20018 (processo 046/2017) de convocação de organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) interessadas na celebração de termo de parceria e fomento para implantação, manutenção e operacionalização de usina de destruição de resíduos orgânicos derivados.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. com fulcro no art. 276, *caput*, do RI/TCU, referendar a medida cautelar adotada pelo relator por meio do despacho contido na peça 26 destes autos, transcrito no relatório que precede este acórdão, bem como as medidas acessórias constantes no mencionado despacho.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2317-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira (Relator).

ENCERRAMENTO



O Vice-Presidente José Múcio Monteiro lembrou a realização de sessão extraordinária de caráter reservado no próximo dia 10 de outubro, logo após o encerramento da sessão ordinária e, às 11 horas e 52 minutos, encerrou a sessão, da qual foi lavrada esta ata, a ser aprovada pelo Presidente e homologada pelo Plenário.

DANIELA DUARTE DO NASCIMENTO
Subsecretária do Plenário

Aprovada em 10 de outubro de 2018.

RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

ANEXO I DA ATA 38, DE 2 DE OUTUBRO DE 2018
(Sessão Extraordinária do Plenário)

COMUNICAÇÕES

Comunicações proferidas pela Presidência.

COMUNICAÇÃO DA PRESIDÊNCIA

Senhores Ministros,
Senhora Procuradora-Geral,

Trago ao conhecimento de V. Exas. a relevante atuação desta Corte de Contas no acompanhamento dos leilões de petróleo realizados nos últimos 12 meses. Desde a 14ª Rodada de Concessões levada a efeito em setembro de 2017 até a 5ª Rodada de Partilha de Produção ocorrida no último dia 28, a União arrecadou R\$ 27,9 bilhões somente em bônus de assinatura – valor pago pelas empresas para adquirirem o direito de explorar e produzir petróleo nos blocos arrematados.

Segundo a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), as áreas arrematadas nos leilões em comento devem gerar uma arrecadação de R\$ 1,2 trilhão para a União, estados e municípios. Esse expressivo valor reforça a importância da eficiente e tempestiva atuação do Tribunal no acompanhamento concomitante dos processos de desestatização no setor de petróleo e gás natural.

Ressalto a atuação do TCU na 15ª Rodada de Concessões, bem como na 4ª e na 5ª Rodadas de Partilha de Produção (Acórdãos 672/2018, 2.199/2018, 816/2018 e 1.386/2018, todos da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz e prolatados pelo Plenário).

O Tribunal determinou a suspensão cautelar da oferta dos blocos da área de Saturno na 15ª Rodada de Concessão, com vistas à eliminação de conflitos regulatórios associados à outorga de blocos em diferentes regimes contratuais, uma vez que a referida área foi originalmente ofertada na 4ª Rodada de Partilha e na 15ª de Concessão.

Além da busca de maior segurança jurídica e regulatória e de incentivo ao aumento da competitividade no setor, a atuação do TCU na 15ª Rodada preveniu um risco de perda econômica para a União da ordem de R\$ 2,37 bilhões, decorrente de maior valorização econômica das áreas e consequente aumento da arrecadação estatal a elas associadas.

A retirada dos blocos da área de Saturno da 15ª Rodada de Concessões – por determinação desta Corte, conforme fundamentação ora apontada –, que eram os mais valiosos e respondiam por 73,24%



do valor de R\$ 4,85 bilhões inicialmente fixados como bônus mínimo de assinatura, não afetou o sucesso da Rodada.

Ao contrário, não obstante a previsão de recolhimento mínimo de R\$ 1,3 bilhão (considerando a exclusão dos aludidos blocos), foram arrecadados R\$ 8 bilhões com a concessão de 22 blocos arrematados. Assim, a atuação do TCU, além de prevenir perdas econômicas diretas, contribuiu para uma maior competição entre as petroleiras.

Ademais, em face do sucesso do resultado do leilão de concessões, os gestores reconheceram a pertinência do posicionamento do TCU e, por iniciativa própria, decidiram retirar a área de Saturno também da 4ª Rodada de Partilha, para posterior oferta em um único regime.

Dessa forma, os blocos retirados da 15ª Rodada de Concessões e da 4ª Rodada de Partilha de Produção, em decorrência da atuação do TCU, foram ofertados na 5ª Rodada de Partilha de Produção, ocorrida no último dia 28.

É importante frisar que, apesar da previsão original de R\$ 7 bilhões de arrecadação a título de bônus de assinatura para todas as áreas ofertadas originalmente na 15ª e na 4ª Rodadas, o trabalho desta Corte contribuiu para o aumento da competitividade e da segurança jurídica, que, em última instância, permitirá um recolhimento de R\$ 18 bilhões.

Por fim, destaco que, quando da análise dos novos estudos econômicos para a valoração econômica da 5ª Rodada de Partilha, o Tribunal apontou inconsistências que foram tempestivamente corrigidas, o que culminou, mediante aprovação de nova resolução pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), na majoração das alíquotas mínimas de partilha, representando aumento de R\$ 3,95 bilhões de arrecadação estatal em um horizonte de 35 anos.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de outubro de 2018.

RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

COMUNICAÇÃO DA PRESIDÊNCIA

Senhores Ministros,
Senhora Procuradora-Geral,

Informo a Vossas Excelências os resultados alcançados pela Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (Secex-TCE), unidade digital do Tribunal, cujas atividades são realizadas precipuamente por meio remoto, mediante suporte de instrumentos de tecnologias.

Em cinco meses de funcionamento, a referida Secretaria instruiu 1.178 processos de TCE, sendo 176 com instrução de mérito e 1.002 com as seguintes medidas saneadoras: 184 diligências e 866 citações de responsáveis, com ou sem audiência.

Ademais, verificou-se uma produtividade média de 0,38 instrução de processo por auditor para cada dia trabalhado, perfazendo um total de R\$ 1,33 bilhão em débitos comunicados (valores sem juros e corrigidos até a data de pronunciamento da Secretaria).

Os ganhos de produtividade obtidos com a criação da Secex-TCE, a qual atua em parceria com a Adgecex e a STI, serão gradativamente estendidos, quando couber, aos demais tipos de processo de controle externo.

Por fim, informo que, além da realização do “2º Encontro Sobre Orientações Aplicadas ao Processo de Tomada de Contas Especial”, está em planejamento a realização de eventos dedicados aos maiores órgãos instauradores de TCE, com objetivo, entre outros, de aprimorar a qualidade das tomadas de contas especiais antes delas chegaram ao TCU.



TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de outubro de 2018.

RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

ANEXO II DA ATA 38, DE 2 DE OUTUBRO DE 2018
(Sessão Extraordinária do Plenário)

ACÓRDÃOS PROFERIDOS DE FORMA UNITÁRIA

Relatórios e Votos emitidos pelo respectivo relator, bem como os Acórdãos de nºs 2293 a 2317, aprovados pelo Plenário.

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 023.563/2018-4

Natureza: Representação (com pedido de medida cautelar)

Representante: CTIS Tecnologia S.A.

Interessada: Produs Produtos e Soluções para Informática S.A.

Unidade: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE/BA)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO. CONTRATAÇÃO INTEGRADA DE SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. INABILITAÇÃO DE LICITANTE POR REQUISITOS NÃO DISPOSTOS NO EDITAL. EMPRESA COM PROPOSTA MAIS ELEVADA DECLARADA VENCEDORA. DETERMINAÇÃO CAUTELAR PARA A SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO. DILIGÊNCIA. OITIVAS. DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DA INABILITAÇÃO DA REPRESENTANTE. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Reproduzo a seguir, como parte deste relatório, a instrução elaborada por auditor da Secex/BA (peça 54), cujas conclusões e proposta de encaminhamento contaram com a concordância dos dirigentes da unidade (peças 55 e 56):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de representação, autuada em 13/7/2018, com pedido de medida cautelar formulada pela empresa CTIS Tecnologia S.A., com base no art. 276 do Regimento Interno do TCU, contra atos praticados no Pregão Eletrônico 09/2018 (UASG 70013), promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia – TRE/BA (peça 1).

2. O referido certame tem por objeto a contratação de serviços de tecnologia da informação, no que tange à **Service Desk** e sustentação de infraestrutura de tecnologia no âmbito do TRE/BA, para prestação dos serviços por trinta meses.

3. A representante, ao considerar a sua inabilitação no certame indevida, ressalta que a contratação de outra empresa declarada vencedora acarretaria um prejuízo ao erário no montante de R\$ 793.947,23, em decorrência da diferença entre os valores das propostas apresentadas.

HISTÓRICO

4. Em síntese, verifica-se na representação que a empresa CTIS Tecnologia S.A. foi inabilitada no supracitado Pregão Eletrônico 09/2018 sob o argumento de que o balanço patrimonial do último exercício social exigível apresentado pela empresa no certame, no bojo dos documentos de qualificação econômico-financeira, estaria em desacordo com o Acórdão TCU 1.999/2014 – Plenário,

além da exigência de envio dos seguintes documentos não previstos no edital, inserido na peça 4: i) 'Prova de publicação do Balanço Patrimonial do exercício de 2017 no Diário Oficial da União ou Diário Oficial do Estado, tendo e vista tratar-se de uma empresa do tipo S.A.'; e ii) 'Cópia do termo de abertura e do termo de encerramento do Livro Diário, bem como indicação dos números das páginas onde está inscrito o Balanço Patrimonial do exercício de 2017', o que contraria o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e a jurisprudência deste Tribunal.

5. A representante, ao final da disputa de lances do pregão, realizada em 4/5/2018, terminara classificada em terceiro lugar, com proposta no valor de R\$ 6.662.000,00, porém, com a inabilitação das duas primeiras colocadas, passou a ser a melhor classificada.

6. Releva salientar que com a inabilitação da CTIS Tecnologia S.A. foi considerada vencedora a empresa Probus Produtos e Soluções para Informática Ltda. (CNPJ 63.270.797/0001-88) que apresentou proposta no valor de valor de R\$ 7.455.018,63.

7. Diante disso, a iminente celebração do contrato entre o TRE/BA e a empresa Probus, por trinta meses, acarretaria ao erário prejuízo de R\$ 793.947,23, que poderá ser bem maior, caso se confirme a contratação da nova empresa convocada, tendo em conta a possibilidade de eventual prorrogação contratual prevista em lei, em face do que a Administração Pública pagaria se contratasse a proposta da empresa CTIS Tecnologia S.A., desde que considerada habilitada com base na análise dos documentos apresentados.

8. Assim, da análise inicial dos autos a unidade técnica entendeu cabível a adoção da medida cautelar, **inaudita altera parte**, por estarem presentes nos autos os requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, bem assim, por não se ter configurado o periculum in mora ao reverso, capaz de trazer prejuízos significativos ao Tribunal Regional Eleitoral da Bahia – TRE/BA ou ao interesse público.

EXAME TÉCNICO

Proposta da instrução inicial da unidade técnica

9. Na instrução inicial, a unidade técnica, decorrente de exame técnico efetuado na medida e profundidade cabível no âmbito das tutelas de urgência, avaliou assistir razão à representante (peça 27).

10. Os pronunciamentos emitidos pela subunidade e unidade técnicas foram concordantes, conforme peças 28-29.

11. Em síntese, foi proposto conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para determinar, cautelarmente, nos termos do art. 276, **caput**, do Regimento Interno/TCU, ao Tribunal Regional Eleitoral da Bahia – TRE/BA, a suspensão dos atos e efeitos decorrentes do Pregão Eletrônico 09/2018 (UASG 70013), no âmbito do qual foi declarada vencedora a empresa Probus Produtos e Soluções para Informática Ltda., até o julgamento do mérito pelo Tribunal.

12. Complementarmente, foram propostas as oitivas do TRE/BA e da empresa Probus Produtos e Soluções para Informática Ltda. para se manifestarem sobre os fatos apontados na representação.

13. Adicionalmente foi proposta a realização de diligência ao TRE/BA para informar o atual estágio da execução do Pregão Eletrônico 09/2018, encaminhando cópia digitalizada da integralidade do correspondente processo administrativo, inclusive cópia do contrato, caso tenha sido firmado, e documentação referente à eventuais pagamentos decorrentes da contratação, porventura existentes.

Despacho do Ministro Relator e Acórdão

14. O Exmo. Sr. Ministro Relator José Múcio Monteiro emitiu despacho, em 24/7/2018, no sentido de conhecer a representação por atender aos requisitos legais pertinentes (peça 31).

15. O Ministro Relator, acolhendo a proposta expendida pela unidade técnica, resolveu determinar cautelarmente ao TRE/BA, nos termos do art. 276, **caput**, do Regimento Interno/TCU, a suspensão dos atos e efeitos decorrentes do Pregão Eletrônico 09/2018 (UASG 70013), até o julgamento do mérito pelo Tribunal.



16. O Relator também determinou as oitivas do TRE/BA e da empresa Produs Produtos e Soluções para Informática Ltda., nos termos propostos pela unidade técnica, bem como, a realização da diligência ao TRE/BA.

17. O Acórdão 1.683/2018 – Plenário, lavrado em 25/7/2018, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, referendou a medida cautelar adotada pelo Relator por meio do despacho contido na peça 31 destes autos, bem como as demais providências complementares determinadas na mesma oportunidade. O **decisum** consta dos autos, acompanhado do relatório e voto condutor do relator (peças 38-40).

18. O Gabinete do Ministro Relator concedeu cópia dos autos à procuradora da empresa CTIS Tecnologia S.A. (peças 30; 33).

Oitiva e diligência do TRE/BA

19. A oitiva e a diligência foram encaminhadas ao TRE/BA mediante o Ofício 1796/2018-TCU/SECEX-BA, de 25/7/2018, entregue em mãos (peças 35-36).

20. Em resposta, o TRE/BA protocolou na Secex/BA, em 3/8/2018 a documentação inserida nos autos, às peças 41-50. O encaminhamento documental foi efetivado pelo Ofício 863/2018/ASSESP, assinado pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia – TRE/BA, Des. José Edivaldo Rocha Rontondano (peça 41, pp. 1-4).

Argumentação do TRE/BA

21. Ao responder à oitiva, o TRE/BA afirma, em síntese, que o cerne da motivação para a inabilitação da empresa CTIS Tecnologia S.A. consiste em ‘não atendimento do item 10.1.6.b do Edital 09/2018, que exige, para fins da qualificação econômico-financeira, o balanço patrimonial do último exercício social exigível, apresentado na forma da lei, nos termos do disposto no art. 1.078 do Código Civil (30 de abril), prazo adotado pelo Acórdão 1.999/2014 – Plenário para aprovação do balanço patrimonial do ano anterior e respectivo registro no livro Diário, em consonância com o que prescreve a Lei das Sociedades Anônimas em seus artigos 132, inciso I e 176, inciso I’.

22. Segundo o TRE/BA, sua assessoria jurídica opinou (peça 41, pp. 15-18) que se deveria adotar o entendimento de que a empresa, por se tratar de sociedade anônima, ‘tem o dever de publicar os seus balanços na imprensa oficial para conferir eficácia e veracidade às demonstrações contábeis. Nesse viés, a Administração Pública, inclusive, poderia exigir a publicação registrada, ou ainda o termo de abertura e encerramento do Livro Diário, devidamente autenticado pela junta comercial para fins de verificação do balanço patrimonial’, além de estar ‘pautado na hierarquia legal, vez que a Lei Ordinária Federal 10.406/2002 (Código Civil de 2002) é superior a IN 1.420/2013 da Receita Federal do Brasil’.

23. Portanto, considerou que a documentação apresentada pela empresa representante era insuficiente, em especial pela não publicação do balanço patrimonial de 2017, por ocasião da fase de habilitação.

24. Visando ratificar a legalidade da decisão de inabilitação da empresa CTIS Tecnologia S.A. no Pregão 09/2018, o TRE/BA aduz que o Juiz da 7ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção livro diário Judiciária do Estado da Bahia, no Mandado 100509-53.2018.4.01.3300, indeferiu a liminar pleiteada pela empresa que objetivava a suspensão do Pregão Eletrônico 09/2018, por ausência do **fumus boni juris**, sustentando que, como empresa constituída sob a forma de sociedade anônima, deve seguir a Lei da Sociedade Anônima, qual seja, Lei 6.404/1976, e por isso, a Administração Pública poderia exigir a publicação oficial registrada e/ou o termo de abertura e encerramento do livro Diário, devidamente autenticado pelo órgão competente e do qual se extrai o balanço patrimonial em páginas sequencialmente numeradas, bem como, nos termos dos artigos 133, § 3º e 289 da referida lei, o argumento de ausência de previsão de apresentação da publicação patrimonial em imprensa oficial no edital do certame não exonera o licitante de adotar as providências cabíveis, por ser condição legal de eficácia do referido documento.

25. Ressalta que naquela decisão foi considerado que o edital teria sido omissivo quanto à exigência legal.



26. Ainda em atendimento ao solicitado, desta feita no que tange à diligência, o TRE/BA encaminhou cópia digitalizada dos PADs 8.451/2017, 10.923/2018 e Pregão Eletrônico 09/2018, conforme peças 41-50.

27. O Relatório Final do Pregão 09/2018, com data de 9/7/2018 (peça 41, pp. 59-69), subsidiando a resposta do TRE/BA, em síntese, constata que a empresa CTIS Tecnologia S.A. foi inabilitada por não ter logrado apresentar balanço patrimonial nos termos exigidos no edital, tendo sido diligenciada durante a fase de habilitação.

28. Em resposta à diligência, a CTIS apresentou prova de registro do Balanço Patrimonial do exercício 2017 na Junta Comercial, em 18/5/2018, ou seja, após a data de abertura da Sessão Pública do Pregão e publicação em jornal de grande circulação editado na localidade da sede da empresa, em 18/5/2018; também após a abertura da Sessão Pública do Pregão, tendo deixado de enviar a cópia do termo de abertura e do termo de encerramento do Livro Diário, bem como indicação dos números das páginas onde está inscrito o Balanço Patrimonial do exercício 2017; e a prova de publicação do Balanço Patrimonial do exercício 2017 no Diário Oficial da União ou Diário Oficial do Estado, tendo em vista tratar-se de uma empresa do tipo S.A.

29. O pregoeiro do TRE/BA afirma, à peça 41, p. 63, que, tendo em vista o princípio do vínculo ao edital, a empresa foi inabilitada para o certame, pelo não atendimento do item 10.1.6.b do Edital 09/2018 (peça 4).

30. A decisão que indeferiu a supracitada liminar pelo Juiz da 7ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária do Estado da Bahia, que já constava dos autos (peça 24), foi reencaminhada e inserida à peça 41, pp. 23-32.

31. Consta dos autos parecer jurídico pela adjudicação e homologação do certame, emitido em 25/7/2018 (peça 50, pp. 150-155). A Diretora Geral do TRE/BA adjudicou e homologou o Pregão 09/2018 em 25/7/2018, tendo sido considerada vencedora a empresa Probus Produtos e Soluções para Informática Ltda. com proposta apresentada no valor de R\$ 7.455.018,63 (peça 50, p. 157). Contudo, não consta a correspondente publicação no DOU. Também não se localiza nos autos o contrato firmado com a referida empresa. Depreende-se que em decorrência da cautelar determinada nestes autos, os atos decorrentes do Pregão 09/2018 foram suspensos antes da efetiva publicação da homologação, adjudicação e contratação do certame.

32. Os demais documentos encaminhados pelo TRE/BA incluem, principalmente, atas, despachos, avisos, formulários, documentos diversos apresentados pelas empresas licitantes durante o processo licitatório, e outros decorrentes da execução do processo e que não implicam diretamente no objeto da representação quanto à inabilitação da empresa CTIS Tecnologia S.A.

Oitiva da empresa Probus Produtos e Soluções para Informática Ltda.

33. A oitiva da empresa Probus Produtos e Soluções para Informática Ltda., considerando que eventual decisão de mérito proferida por este Tribunal poderá impactar sua esfera de interesse, foi promovida mediante o Ofício 1797/2018-TCU/SECEx-BA, de 25/7/2018, entregue em mãos (peças 34 e 37).

34. A empresa respondeu à oitiva, conforme documentação protocolada na Secex/BA em 8/8/2018, que consta dos autos à peça 52. O encaminhamento da resposta foi assinado por procurador constituído pela empresa (peça 51), Sr. Alberto Luiz Bouzas Áspera (peça 52, pp. 1-4).

Argumentação da empresa Probus Produtos e Soluções para Informática Ltda.

35. A empresa Probus apresentou cópia das mensagens trocadas entre o pregoeiro e a empresa CTIS durante o processo licitatório. Salienta que, diferentemente do que alega a CTIS em sua defesa, a licitante não se encontrava com a documentação regular no dia da abertura da licitação e, muito menos, foi inabilitada pelo fato do pregoeiro lhe exigir documentos que não estavam sendo exigidos no edital. Considera que, na data da abertura da licitação, 4/5/2018, a CTIS não possuía e, portanto, não apresentou na forma da lei, o Balanço Patrimonial do exercício de 2017.

36. Nesse sentido, entende que um balanço patrimonial, para ser reconhecido como válido e enquadrado em sua forma legal, precisa cumprir os seguintes requisitos:



- a) Termo de abertura e termo de encerramento;
- b) Demonstrações Financeiras e Demonstrações de Resultado do Exercício;
- c) Comprovante de regularidade do Contador perante o Conselho Regional de Contabilidade;
- d) Comprovante de Registro na Junta Comercial (Modelo Tradicional) ou comprovante de envio da Escrituração Contábil Digital na Secretaria da Receita Federal (modelo SPED);
- e) Publicação em jornal de grande circulação e no diário oficial (no caso de empresas S.A.).

37. Ressalta que a empresa CTIS não conseguiu comprovar que se encontrava com sua documentação de habilitação, no caso específico, o balanço patrimonial regular, na data da abertura da licitação, em 4/5/2018.

38. Aduz que a própria CTIS assume só ter dado entrada no dia 18/5/2018, portanto após ser provocada pelo pregoeiro, em diligência no dia 17/5/2018, com o pedido de registro na Junta Comercial, obtido em 30/5/2018, e publicado no DOU em 4/6/2018. Ajunta o fato que, em situação análoga, ocorreu a publicação em jornal de grande circulação na data de 18/5/18.

39. Assim, a empresa Probus considera que a documentação apresentada pela CTIS, concernente ao Balanço Patrimonial/2017, estava irregular à data da abertura da licitação, acrescentando que 'o próprio edital, no seu item 10.11, deixa claro que não será permitida a substituição de documentos exigidos por solicitações, ou no caso específico, protocolos'.

40. Em conclusão, solicita a manutenção da decisão do pregoeiro, que desclassificou a CTIS no âmbito do Pregão Eletrônico TRE/BA 09/2018, tendo em vista não ter restado dúvidas quanto ao fato da CTIS não se encontrar com o Balanço Patrimonial do exercício 2017 em conformidade com o que exige a lei, quando da data da abertura da licitação.

41. A empresa anexou à sua resposta, na peça 52: procuração (p. 5); cópia de alteração e consolidação de contrato da empresa Probus (pp. 6-11);

Análise sobre as respostas das oitivas

42. A análise dos autos, inclusas as respostas das oitivas do TRE/BA e da empresa Probus, indica, pacificamente, que, em suma, a empresa CTIS Tecnologia S.A. foi inabilitada no Pregão Eletrônico 09/2018 sob o argumento de que o balanço patrimonial do último exercício social exigível apresentado pela empresa no certame, no bojo dos documentos de qualificação econômico-financeira, estaria em desacordo com o Acórdão TCU 1.999/2014 – Plenário (Relator Ministro Aroldo Cedraz).

43. Constata-se que no Pregão 09/2018, cuja sessão de abertura de propostas ocorreu em 4/5/2018, o Balanço Patrimonial de 2017 é aquele exigível, em consonância com o art. 1.078 do Código Civil e no referido Acórdão 1.999/2014 – Plenário. Considera-se que o prazo para a aprovação do balanço patrimonial e demais demonstrações contábeis para fins de cumprimento do art. 31 da Lei 8.666/1993 é o estabelecido no art. 1.078 do Código Civil, portanto, até o quarto mês seguinte ao término do exercício social (30 de abril). Desse modo, ocorrendo a sessão de abertura de propostas em data posterior a esse limite, torna-se exigível, para fins de qualificação econômico-financeira a apresentação dos documentos contábeis referentes ao exercício imediatamente anterior.

44. Extrai-se do mencionado Acórdão TCU 1.999/2014 – Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz (peça 12, p. 5):

'7. O art. 1.078 do Código Civil estabelece que a assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao do término do exercício social, com diversos objetivos, entre eles o de 'tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e de resultado econômico'.

8. Verifica-se, portanto, que, em até quatro meses (30 de abril), devem estar aprovados o balanço patrimonial e os demais demonstrativos contábeis. Como a sessão para abertura das propostas ocorreu no dia 20/5/2014, já era exigível nessa data a apresentação dos citados documentos referentes ao exercício de 2013'.

45. Verifica-se que o balanço patrimonial da empresa CTIS foi aprovado em 30/4/2018, portanto, dentro do prazo legal, sendo adequada a sua apresentação uma vez que a sessão pública do

pregão ocorreu em 4/5/2018. Adicionalmente, a empresa apresentou o Balanço Patrimonial de 2016, legalmente aprovado, não exigível no certame em tela (peça 6).

46. Conforme destacado no despacho do Relator, à peça 31, p. 2: ‘ (...) de acordo com o art. 1.151, § 1º, do Código Civil, a ata da assembleia geral que aprova as demonstrações financeiras deve ser levada a registro no prazo de trinta dias a partir de sua lavratura’.

47. Assim, na data da sessão pública do pregão para abertura das propostas, em 4/5/2018, a empresa CTIS ainda estava dentro do prazo previsto para efetuar o correspondente registro.

48. Em 18/5/2018, a empresa a protocolou na Junta Comercial do Distrito Federal, que efetivou o registro em 30/5/2018. As demonstrações financeiras foram, então, publicadas do Diário Oficial da União de 4/6/2018, segundo dia útil após seu registro pela Junta Comercial, sendo que, anteriormente, haviam constado em jornal de grande circulação (Correio Braziliense) na data de 18/5/2018.

49. A argumentação da empresa Probus de que o registro da Junta Comercial e as publicações do balanço patrimonial teriam sido provocados pelo pregoeiro em diligência realizada na data de 17/5/2018 não implica na invalidação dos atos, considerando que os mesmos foram realizados pela empresa CTIS dentro dos prazos legais previstos.

50. Por outro lado, verifica-se que a exigência de ‘Cópia do termo de abertura e do termo de encerramento do Livro Diário, bem como indicação dos números das páginas onde está inscrito o Balanço Patrimonial do exercício de 2017’ não consta do edital de licitação. Portanto, constata-se o debordamento do instrumento convocatório que contempla as regras do certame e orienta a conduta dos licitantes, sendo ilegal a exigência daquilo não esteja expressamente previsto no edital.

51. Ademais, conforme enfatizado pela empresa representante, o art. 5º da Instrução Normativa 1.774/2017 editada pela Receita Federal dispendo sobre a Escritura Contábil Digital (ECD) determina: ‘A ECD deve ser transmitida ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto 6.022, de 22 de janeiro de 2007, até o último dia útil do mês de maio do ano seguinte ao ano-calendário a que se refere a escrituração’ (peça 13, p. 3).

52. Portanto, além de não terem sido exigidos pelo edital, os documentos referentes à escrituração contábil digital, incluindo os termos de abertura e encerramento do livro diário, ainda não eram exigíveis pela própria legislação pertinente, ao tempo da realização do certame.

53. De todo modo, a empresa CTIS Tecnologia S.A. transmitiu regularmente suas demonstrações contábeis ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), conforme comprovam os documentos inseridos na peça 14.

54. Assim, verifica-se que a documentação apresentada pela empresa CTIS, concernente ao Balanço Patrimonial de 2017, atendeu aos prazos legais previstos para sua aprovação, registro na junta comercial e publicações em jornal de grande circulação e no Diário Oficial da União.

55. Ademais, as exigências formais que resultaram na inabilitação da empresa CTIS violam os princípios da economicidade e competitividade, no âmbito do certame em comento, tendo-se em conta que proposta final apresentada pela representante, no valor de R\$ 6.661.071,40, é bem mais vantajosa que a proposta no valor de R\$ 7.455.018,63 apresentada pela empresa Probus Produtos e Soluções para Informática Ltda., considerada vencedora da licitação pelo Pregoeiro do TRE/BA. Ressalte-se que a significativa diferença de R\$ 793.947,23 poderá ser bem maior, caso se confirme a contratação da nova empresa convocada, tendo em conta a possibilidade de eventual prorrogação contratual prevista em lei.

56. Releva salientar que a análise dos autos não indica que o ato de inabilitação da empresa CTIS Tecnologia S.A. tenha decorrido de interesse escusos. Não existem indícios de inidoneidade na conduta do pregoeiro. A questão referente à motivação do ato restringe-se ao entendimento sobre a aplicação dos prazos legais previstos para o registro e publicação do Balanço Patrimonial de 2017 pela empresa licitante. A propósito, o próprio representante, em observação preliminar (peça 1, p. 1), reitera seu respeito e consideração pelo pregoeiro do TRE/BA.

CONCLUSÃO



57. O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014.

58. No que concerne ao indeferimento da liminar no Mandado de Segurança 100509-53.2018.4.01.3300 pelo MM Juiz da 7ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária do Estado da Bahia (peça 24), com as vênias de praxe, e no exercício da independência dos poderes e do princípio da autotutela, sugere-se dissentar do entendimento manifestado naquela oportunidade pelas razões expostas no exame técnico nesta instrução.

59. Deste modo, propõe-se que seja determinada a anulação do ato de inabilitação da empresa CTIS Tecnologia S.A. no Pregão 09/2018, realizado pelo TRE/BA, permitindo-se o aproveitamento dos atos anteriores àquela inabilitação para o prosseguimento do certame, caso seja do interesse do ente licitante, visando a análise da capacitação econômico-financeira da empresa para executar o objeto da licitação.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

60. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014 para, no mérito, considerá-la procedente;

b) determinar ao Tribunal Regional Eleitoral da Bahia – TRE/BA, com fundamento no art. 71, incisos IX e X, da Constituição Federal de 1988, c/c o art. 45, **caput**, da Lei 8.443/1992 e com o art. 250, inciso II, do RI/TCU, que anule o ato administrativo referente à inabilitação da empresa CTIS Tecnologia S.A. no Pregão 09/2018 (UASG 70013), uma vez que em desconformidade com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, permitindo-se o aproveitamento dos atos anteriores àquela inabilitação para o prosseguimento do referido certame, caso seja do interesse do ente licitante, visando a análise da capacitação econômico-financeira da empresa para executar o objeto da licitação;

c) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido à empresa representante, CTIS Tecnologia S.A., à empresa Produs Produtos e Soluções para Informática Ltda. e ao Tribunal Regional Eleitoral da Bahia – TRE/BA destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos;

d) determinar à Secretaria de Controle no Estado da Bahia que monitore o efetivo cumprimento da determinação supra”.

É o relatório.

VOTO

Os presentes autos cuidam de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela empresa CTIS Tecnologia S.A., com base no art. 276 do Regimento Interno do TCU, contra atos praticados em pregão eletrônico promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE/BA), que tem por objeto a contratação de serviços de tecnologia da informação, referentes a **Service Desk** e sustentação de infraestrutura de tecnologia no âmbito do TRE/BA, para um período de 30 meses.

2. A representante apresentou proposta, no valor de R\$ 6.662.000,00, sendo, portanto, convocada a fornecer a documentação referente à habilitação, que, incluía, para fins de comprovação de qualificação econômico-financeira, o balanço patrimonial do último exercício financeiro exigido, na forma da lei. Em resposta, apresentou os balanços patrimoniais dos exercícios de 2016 e 2017, que



vieram a ser complementados pelos seguintes documentos: (a) comprovante do protocolo, perante a Junta Comercial, do balanço patrimonial de 2017; (b) comprovante da publicação do balanço patrimonial de 2017 em jornal de grande circulação; (c) e relatório de auditoria sobre o balanço patrimonial de 2017.

3. Cabe lembrar que a empresa foi constituída na forma de sociedade anônima e, por isso, encontra-se sujeita às disposições da Lei 6.404/1976.

4. A CTIS Tecnologia S.A. foi inabilitada sob a justificativa de que a documentação enviada a título de comprovação de sua qualificação econômico-financeira estaria em desacordo com o Acórdão TCU 1.999/2014 – Plenário e com os termos do edital, pois não continha: (i) prova de publicação do balanço patrimonial do exercício de 2017 no Diário Oficial da União ou Diário Oficial do Estado; (ii) cópia do termo de abertura e do termo de encerramento do Livro Diário, com indicação dos números das páginas onde está inscrito o balanço patrimonial do exercício de 2017.

5. A representante reivindicou a anulação do certame, arguindo a ilegalidade de sua inabilitação, que teria sido motivada pela exigência de documentos não previstos no edital. Também alegou a existência de prejuízo ao erário, considerando que a proposta da segunda colocada, então declarada vencedora do certame, Produs Produtos e Soluções para Informática Ltda., era superior à sua no valor de R\$ 793.947,23.

6. Em 24/7/2018, acolhendo análise da Secex/BA, avaliei estarem presentes os requisitos ensejadores de concessão de medida acautelatória e determinei ao TRE/BA que suspendesse os atos e efeitos decorrentes do Pregão Eletrônico 09/2018. Para subsidiar o deslinde da matéria e dar oportunidade ao contraditório, autorizei a realização de oitiva e diligência junto ao órgão licitante, bem como a oitiva da empresa habilitada, uma vez que esta poderia vir a ter seus direitos afetados por deliberação nestes autos. O Acórdão 1.683/2018 – Plenário referendou a decisão monocrática.

7. Em resposta às oitivas e a partir das diligências realizadas, obtiveram-se informações mais detalhadas sobre os fatos ocorridos no pregão e as motivações que levaram o TRE/BA a decidir pela inabilitação da CTIS.

8. O Tribunal Eleitoral compreendeu que a representante não cumpriu o item 10.1.6.b do edital, que demandava, para fins da qualificação econômico-financeira, o balanço patrimonial do último exercício social exigível, apresentado na forma da lei, nos termos do disposto no art. 1.078 do Código Civil, e conforme o Acórdão 1.999/2014 – Plenário. Isso implicava que, a partir de 30 de abril do exercício corrente, o demonstrativo do ano anterior já seria exigível. Ressalta, ainda, que, de acordo com a legislação pertinente, o documento deveria ser publicado na imprensa oficial, de forma a conferir-lhe eficácia, ser registrado no livro Diário e autenticado na Junta Comercial.

9. Ainda segundo a resposta do TRE, a representante foi diligenciada e apresentou o registro do balanço de 2017 na Junta Comercial e publicação em jornal de grande circulação, ambos datados de 18/5/2018.

10. A CTIS foi, então, desclassificada, pois o TRE/BA considerou que: (i) a data do registro e da publicação mencionados acima eram posteriores à data de abertura do pregão; (ii) não apresentou cópia dos termos de abertura e encerramento do Livro Diário, com indicação dos números das páginas onde está inscrito o Balanço Patrimonial do exercício 2017; e (iii) não houve a prova de publicação do referido demonstrativo no Diário Oficial da União ou Diário Oficial do Estado.

11. A empresa Produs, declarada vencedora do certame, em sua manifestação, reiterou o argumento de que o balanço patrimonial da representante não cumpria as exigências legais na abertura da licitação, realizada em 4/5/2018, visto que se tratava de uma sociedade anônima.

12. Avalio que a desclassificação da CTIS ocorreu por uma interpretação formal e restritiva das normas aplicáveis ao caso. Estou de acordo com a análise da Secex/BA, destacando os pontos a seguir, que, a meu ver, justificam que a documentação apresentada pela CTIS se submetia à legislação pertinente, bem como às demandas do edital.

13. De fato, o item 10.1.6.b do edital do pregão faz referência expressa à apresentação do balanço patrimonial na forma da lei e de acordo com o Acórdão 1.999/2014 – Plenário. Essa decisão

do Tribunal, com base no art. 1.078, **caput** e inciso I, do Código Civil, orienta que, a partir de 30/4 do exercício corrente, o balanço a ser exigido deve ser do exercício anterior. Tal requisito foi cumprido pela CTIS, pois apresentou seu demonstrativo de 2017 aprovado naquela data.

14. Contudo, a Lei 6.404/1976 não impõe que as publicações no diário oficial e jornal de grande circulação, bem como o registro na junta comercial, mencionados no art. 289, **caput** e § 5º, do Código Civil, ocorram naquela mesma data limite. Tampouco o Acórdão 1.999/2014 – Plenário firmou tal entendimento.

15. Aliás, o Tribunal já enfrentou a questão no Acórdão 2.145/2017 – Plenário, entendendo que seria de rigor excessivo considerar 30 de abril como termo final para as publicações e registro dos demonstrativos contábeis. Transcrevo excerto bastante esclarecedor da decisão a seguir:

“9. Com efeito, o Acórdão 1.999/2014-TCU-Plenário inclinou-se no sentido de adotar o prazo previsto no art. 1.078 do Código Civil, que prevê a aprovação do balanço patrimonial e dos demais demonstrativos contábeis até o dia 30 de abril do ano subsequente ao do exercício financeiro de referência, para efeitos de aplicação do art. 31, inciso I, da Lei 8.666/1993, o qual define que o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis a serem apresentados na fase de qualificação econômico-financeira devem se referir ao último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei (grifei) .

[...]

12. Entretanto, mais recentemente, outras duas decisões desta Corte trouxeram novas luzes à questão, motivo pelo qual não merecem prosperar os argumentos da embargante. Nos autos do Acórdão 472/2016-TCU-Plenário, o Tribunal entendeu que o prazo previsto no Código Civil (30 de abril), refere-se à deliberação da assembleia de sócios acerca do balanço patrimonial e não a sua publicação, conforme excerto que transcrevo:

“3.2. Em relação à alínea b”, foi verificado que o prazo previsto no Código Civil (30/4/2015) refere-se à deliberação da assembleia de sócios sobre o balanço patrimonial e não a sua publicação. O fato de a empresa apresentar documentação referente ao exercício de 2013 em 22/5/2015 encontra respaldo na Instrução Normativa 1.420/2013 da Receita Federal do Brasil, pois, para as empresas que adotam o regime de tributação vinculado ao Sistema Público de Escrituração Digital - Sped, a exigência para apresentação dos documentos relativos ao exercício imediatamente anterior só se inicia a partir de 30 de junho do exercício atual;” (grifei).

16. No Acórdão 119/2016 – Plenário, o Tribunal elasteceu ainda mais esse entendimento, considerando que, não havendo cláusula específica no edital que indique o exercício a que deve se referir o demonstrativo, deve ser adotado como parâmetro o último dia útil do mês de junho, em consonância com a Instrução Normativa SRF 1.420/2013. Reproduzo abaixo trecho dessa decisão:

*“23. A rigor, à luz do **caput** do art. 1.078 do Código Civil, a deliberação da assembleia dos sócios sobre o ‘balanço patrimonial e o de resultado econômico’ é que deverá ocorrer ‘nos quatro meses seguintes ao término do exercício social’ (até 30/4), sendo que a apresentação propriamente dita de tais documentos perante os ‘sócios que não exerçam administração’ terá de ser feita ‘até trinta dias antes da data marcada para a assembleia’, portanto nos três meses seguintes ao término do exercício social (até 30/3).*

24. Por seu turno, é a Instrução Normativa SRF 1.420/2013 que, implicitamente, oferece resposta para a questão temporal da exigibilidade do ‘balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social’ nas licitações. Isso porque o seu art. 5º dispõe que a Escrituração Contábil Digital (ECD), a qual compreende a versão digital dos balanços e demais documentos contábeis (art. 2º), e cuja adoção é obrigatória para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real ou no lucro presumido (art. 3º), deverá ser transmitida ao Sistema Público de Escrituração Digital (Sped) até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao que se refira a escrituração.

[...]

26. Em apertada síntese, somente quando a convocação de licitante – que tem como regime de tributação o lucro real ou o lucro presumido – para apresentação da documentação prevista no art.

31, inciso I, da Lei 8.666/1993 ocorrer após o último dia útil do mês de junho de determinado exercício social, a documentação a ser apresentada no certame relativa ao 'balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social' será realmente a pertinente ao exercício social anterior àquele em que fora efetivada a referida convocação.

27. Em que pese a tese defendida nos parágrafos precedentes, reconheço que a inexistência de uma jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte de Contas pode ser suprida pelo próprio responsável pela condução do processo licitatório, por meio de inserção de cláusula editalícia que indique expressamente o exercício a que deve se referir o balanço patrimonial a ser apresentado para fins de comprovação da capacidade econômico-financeira dos licitantes. Com essa medida, o instrumento convocatório supriria quaisquer dúvidas dos interessados acerca do assunto, razão pela qual proponho ao colegiado dar ciência ao TRT do ocorrido para que tal lacuna possa ser preenchida no edital que vier a ser publicado.” (grifos acrescidos).

17. Ademais, importante lembrar que, quando diligenciada pelo pregoeiro, a CTIS encaminhou o requerimento de registro do balanço patrimonial de 2017 na Junta Comercial e a publicação em jornal de grande circulação de sua localidade, datados de 18/5/2018. O registro foi obtido em 30/5/2018, e publicado no DOU em 4/6/2018. Observa-se que o trâmite para cumprir as formalidades legais restantes ocorreu em prazo razoável e foi anterior ao último dia útil do mês de junho. O fato de terem se efetivado após a abertura do certame não deve obstar a habilitação da empresa, pois o art. 31, inciso I, da Lei 8.666/1993 não impõe essa condição.

18. O outro ponto que motivou a inabilitação da representante foi a não apresentação de cópia dos termos de abertura e encerramento do livro diário, com indicação dos números das páginas onde estava inscrito o balanço patrimonial do exercício 2017.

19. Observo que tal formalidade sequer é exigida por ocasião da deliberação sobre o demonstrativo pela assembleia geral. Cabe lembrar que o § 2º do art. 1.184 do Código Civil estabelece que o balanço patrimonial, bem como o resultado econômico, devem ser lançados no livro diário. Constitui-se, portanto, de um quesito referente ao conteúdo do registro contábil e não ao demonstrativo. A aferição da veracidade do balanço se dá pela verificação do cumprimento das formalidades legais de aprovação, registro na junta comercial e publicação, as quais são exigíveis apenas após os prazos determinados por lei e demais normativos, de modo a não impor ônus adicional ao licitante. Sendo assim, considerando que a solicitação das páginas do livro diário não constou, especificamente, do edital e também não é requisito formal do demonstrativo, na forma da lei, a demanda não pode servir de motivo para inabilitar a licitante.

20. No mais, conforme bem assinalou a Secex/BA, ressalto não haver qualquer indício de inidoneidade na conduta do pregoeiro, sendo a questão fruto de controvérsia sobre os prazos legais aplicáveis ao registro e publicação do balanço patrimonial de 2017 pela empresa licitante.

21. Isto posto, a presente representação deve ser conhecida, para que, no mérito, o Tribunal determine ao TRE/BA a anulação do ato administrativo referente à inabilitação da empresa CTIS no Pregão 09/2018, permitindo-se o aproveitamento dos atos anteriores para o prosseguimento do certame, caso seja do interesse da licitante.

Assim, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto a este Plenário.

ACÓRDÃO Nº 2293/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 023.563/2018-4

2. Grupo I – Classe – VII – Representação (com pedido de medida cautelar)

3. Representante: CTIS Tecnologia S.A. (CNPJ 01.644.731/0001-32)

3.1. Interessada: Produs Produtos e Soluções para Informática S.A. (CNPJ 63.270.797/0001- 88)



4. Unidade: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE/BA)
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/BA
8. Advogados constituídos nos autos: Alexandre Rocha Pinheiro (OAB/DF 12.968); Ricardo Barreto de Andrade (OAB/DF 32.136); Maria Augusta Rost (OAB/DF 37.017); Mariana Mello Lombardi (OAB/DF 53.879)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação da empresa CTIS Tecnologia S.A acerca de supostas irregularidades ocorridas na condução do Pregão Eletrônico 09/2018 (UASG 70013), promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE/BA), para a contratação de serviços de tecnologia da informação, no que tange a **Service Desk** e sustentação de infraestrutura de tecnologia no âmbito do TRE/BA, em um período de 30 meses.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 45, **caput**, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 235, 237 e 250, inciso II, do Regimento Interno, em:

- 9.1. conhecer da presente representação;
- 9.2. determinar ao Tribunal Regional Eleitoral da Bahia que anule o ato administrativo referente à inabilitação da empresa CTIS Tecnologia S.A. no Pregão 09/2018, permitindo-se o aproveitamento dos atos anteriores àquela inabilitação para o prosseguimento do referido certame, caso seja de seu interesse;
- 9.3. dar ciência desta decisão à representante, à Produs Produtos e Soluções para Informática Ltda. e ao TRE/BA;
- 9.4. determinar à Secex/BA que monitore o efetivo cumprimento da determinação supra.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2293-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 011.819/2017-0

Natureza: Pedido de Reexame (Relatório de Monitoramento)

Órgãos/Entidades: Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO); Ministério do Esporte (ME); Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (PMRJ) e Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 (Comitê Rio 2016).

Interessado: Comitê Paraolímpico Brasileiro (00.700.114/0001-44)

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: MONITORAMENTO DO SUBITEM 9.6 DO ACÓRDÃO 494/2017-PLENÁRIO. PLANO DE CONTINGÊNCIA PARA EVITAR A DEGRADAÇÃO DAS ARENAS OLÍMPICAS. NÃO APRESENTAÇÃO DO PLANO EFETIVO DE DESTINAÇÃO DAS INSTALAÇÕES APÓS

UM ANO DO TÉRMINO DOS JOGOS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES À AUTORIDADE DE GOVERNANÇA DO LEGADO OLÍMPICO, À PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO E AO COMANDO DO EXÉRCITO. PEDIDO DE REEXAME. CONSOLIDAÇÃO DE INFORMAÇÕES ACERCA DO LEGADO OLÍMPICO. ADMINISTRAÇÃO DE EQUIPAMENTOS ESPORTIVOS UTILIZADOS NOS JOGOS RIO 2016. MONITORAMENTO DA ESCOLHA E IMPLEMENTAÇÃO DO MODELO DE GESTÃO DESSE PATRIMÔNIO ADOTADO PELOS DEMAIS ATORES ENVOLVIDOS. COMPETÊNCIAS DA AGLO. LEVANTAMENTO DE CUSTOS COM VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO E COM DANOS NAS INSTALAÇÕES UTILIZADAS NOS JOGOS RIO 2016. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada por auditor da Secretaria de Recursos (peça 105), que contou com a anuência dos dirigentes da mencionada unidade técnica (peças 106 e 107):

“1. Trata-se de pedido de reexame interposto pela Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) (peça 84), contra o Acórdão 1.662/2017 – Plenário (peça 51), relatado pelo Ministro Augusto Nardes, com o seguinte teor:

9.1. considerar em cumprimento a determinação constante do item 9.6 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário;

9.2. determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) que:

9.2.1. encaminhe, em até 30 dias após o término de cada quadrimestre, até a sua extinção, na forma do art. 12 da MP 771/2017, relatório contendo, de forma consolidada, as ações e providências adotadas, com relação à manutenção, à conservação e à utilização provisória das arenas olímpicas, consoante incisos I e III, do art. 1º da MP 771/2017, abordando necessariamente: a relação de contratos, convênios, acordos ou instrumentos congêneres, com seus objetos e valores, que forem executados pela referida autarquia temporária e pelos demais entes envolvidos na gestão do legado olímpico, devendo o primeiro relatório referir-se ao segundo quadrimestre de 2017;

9.2.2. adote, em até 60 dias, providências no sentido de realizar levantamento dos custos incorridos e a incorrer, com vícios de construção e com danos nas arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos do Rio 2016, e ainda, com aqueles decorrentes de eventual abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016, caso ainda não tenha sido realizado, tomando, dentro desse mesmo prazo, providências, até mesmo judiciais, caso necessário, para buscar a reparação sobre possíveis prejuízos ao Erário, nos termos do art. 927 do Código Civil de 2002;

9.3. determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (PMRJ) que:

9.3.1. encaminhe quadrimestralmente à AGLO, para fins da consolidação acima determinada à mesma autarquia, nos termos do art. 1º, incisos I e III da MP 771/2017, e para posterior envio a este Tribunal, a relação de todas as ações e providências adotadas, bem como contratos, convênios, acordos ou instrumentos congêneres, com seus objetos e valores, que forem executados pela referida municipalidade, com relação à manutenção, conservação e utilização provisória das arenas olímpicas sob sua gestão (Arena Carioca 3 e Parque Radical), bem como os estudos de viabilidade técnico-econômica, ações e providências quanto às obras e aos serviços de desmontagem/montagem da Arena do Futuro e do Centro Olímpico de Esportes Aquáticos;

9.3.2. no prazo de 90 dias, dê uma destinação ao Parque Radical e a todos os equipamentos lá presentes (pista de BMX, corredeira slalom, bombas hidráulicas da corredeira, etc.), dando publicidade à sociedade brasileira da solução que venha a ser adotada, obedecendo todos os normativos vigentes, a finalidade pública, a moralidade administrativa, a razoabilidade e o interesse público, bem como, apresentando de forma expressa e antecipada, a motivação de todos os atos, inclusive os critérios utilizados para tal decisão;

9.3.3. adote providências junto às empreiteiras que construíram as arenas dos Complexos Olímpicos da Barra e de Deodoro, no sentido de acionar as garantias para restauração dos vícios de construção detectados pela AGLO e daqueles contidos em relatório técnico elaborado pelo Centro de Capacitação Física do Exército (peça 31, p. 14-90), encaminhando ao TCU, no prazo de 60 dias, o cronograma ajustado com as empreiteiras para a realização dos reparos necessários, nos termos do art. 927 do Código Civil de 2002.



9.4. determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, ao Comando do Exército Brasileiro que:

9.4.1. encaminhe quadrimestralmente à AGLO, para fins da consolidação acima determinada à mesma autarquia, nos termos do art. 1º, incisos I e III da MP 771/2017, e para posterior envio a este Tribunal, a relação de todas as ações e providências adotadas, bem como contratos, convênios, acordos ou instrumentos congêneres, com seus objetos e valores, que forem executados pelo Centro de Capacitação Física do Exército (CCFEx), com relação à manutenção, conservação e utilização provisória das arenas olímpicas sob sua gestão: Arena da Juventude, Centro de Tiro, Parque Aquático de Pentatlo Moderno, Parque Equestre e Estádio de Hóquei sobre Grama; e

9.4.2. adote, em até 90 dias, providências no sentido de realizar levantamento dos custos incorridos e a incorrer com vícios de construção e com danos nas arenas olímpicas do Complexo de Deodoro ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos do Rio 2016, e ainda, com aqueles decorrentes de eventual abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016, caso ainda não tenha sido realizado, tomando, dentro desse mesmo prazo, providências, até mesmo judiciais, caso necessário, para buscar a reparação sobre possíveis prejuízos ao Erário, nos termos do art. 927 do Código Civil de 2002;

9.5. determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Comitê Rio 2016 que apresente um plano de ação para efetiva execução do plantio da Floresta e do Bosque dos Atletas, em Deodoro, com a ciência da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (PMRJ), elaborado por profissionais habilitados, com vistas a cumprir o compromisso assumido quando da cerimônia de abertura dos Jogos, perante toda a comunidade mundial, com fulcro no art. 107 do CC, haja vista afronta aos arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002 (princípios da função social dos contratos, probidade e boa-fé objetiva);

9.6. recomendar à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO), em função do caráter temporário de suas atividades e da previsão de sua extinção em 30/6/2019, identificados no parágrafo 5 da exposição de motivos da MP 771/2017 e no art. 12, caput, da citada medida provisória, que adote as providências que previnam a ocorrência de sua extinção sem a concretização das finalidades precípuas de sua constituição, quais sejam: a adoção de um modelo de gestão sustentável de legado olímpico sob os aspectos econômico, social e ambiental e um plano de utilização das instalações olímpicas e paraolímpicas, ambas em longo prazo, previstas no art. 1º, incisos II e IV da MP 771/2017;

9.7. recomendar ao Comando do Exército Brasileiro, com fundamento no art. 250, inciso III, do RI/TCU, que avalie a conveniência e a oportunidade de utilizar os mesmos critérios e procedimentos adotados pela AGLO quando das autorizações de utilização precária das arenas, como preconizado no art. 11, caput, da MP 771/2017, o qual se aplica a todo o legado olímpico, com vistas ao melhor aproveitamento das instalações, enquanto não definido o modelo de gestão de longo prazo;

9.8. recomendar ao Ministério do Esporte (ME), com fundamento no art. 250, inciso III, do RI/TCU, no que tange a execução de recursos próprios por meio de convênios ou outros instrumentos congêneres, que avalie a conveniência e a oportunidade de priorizar a liberação de recursos para eventos em que se utilizem as arenas das Olimpíadas Rio 2016, com vistas ao melhor aproveitamento dessas instalações;

9.9. recomendar aos Comitê Olímpico Brasileiro (COB), Comitê Paraolímpico Brasileiro (CPB) e Confederação Brasileira de Clubes (CBC), com fundamento no art. 250, inciso III, do RI/TCU, que avaliem a conveniência e a oportunidade de priorizarem a liberação de recursos para eventos em que se utilizem as arenas das Olimpíadas Rio 2016, com vistas ao melhor aproveitamento dessas instalações;

9.10. comunicar, ao Ministério do Esporte (ME), ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), ao Ministério da Fazenda (MF) e à Casa Civil da Presidência da República que o contingenciamento de recursos previstos no Termo de Execução Descentralizada de Crédito, celebrado entre o Comando do Exército, por intermédio do Centro de Capacitação Física do Exército, e o Ministério do Esporte (ME), no montante total de R\$ 35.887.820,34 no exercício de 2017, poderá inviabilizar a utilização, conservação e manutenção das arenas presentes no Complexo Olímpico de Deodoro, podendo comprometer, inclusive, o pagamento das despesas básicas como água e luz;

9.11. encaminhar cópia do Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, ao Ministério do Esporte, à Casa Civil da Presidência da República, à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO), à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (PMRJ), ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) e ao Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM-Rio); e



9.12. *apensar os presentes autos ao processo originário (TC 010.915/2015-0), de acordo com os arts. 36 e 37 da Resolução TCU 259/2014 c/c o art. 5º, inciso II, da Portaria Segecex 27/2009 e o subitem 64.2 dos Padrões de Monitoramento.*

HISTÓRICO

2. *Trata-se, originariamente, de monitoramento, com o objetivo de verificar o cumprimento da determinação constante do item 9.6 do Acórdão 494/2017 (TC 010.915/2015-0), abaixo transcrito, alterado pelo Acórdão 1.707/2017, ambos do Plenário e sob a relatoria do Ministro Augusto Nardes, relatado pelo Ministro Augusto Nardes bem como dar continuidade à identificação de riscos ligados ao Legado dos Jogos Olímpicos Rio 2016, relacionados aos equipamentos esportivos:*

9.6. *determinar ao Ministério do Esporte, com o auxílio da Casa Civil da Presidência da República, e à prefeitura do município do Rio de Janeiro para que apresentem em conjunto, no prazo de 15 dias, a esta Corte de Contas, um plano de contingência, informando as providências que serão adotadas em relação a todas as arenas esportivas dos complexos da Barra e de Deodoro até que seja aprovado e colocado em funcionamento um Plano de Legado efetivo para a utilização de longo prazo de todas essas estruturas esportivas;*

2.1. *É importante lembrar que o Tribunal de Contas da União (TCU) tem cobrado dos entes responsáveis pelos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio-2016, desde 2013, a elaboração de planejamento, com a finalidade de delimitar a destinação pós-jogos das arenas esportivas construídas para o evento. Apesar disso, nenhum plano concreto havia sido entregue até a data da última deliberação desta Corte a respeito do tema, o supracitado Acórdão 494/2017-Plenário, de 22/3/2017.*

2.2. *Em 2013, no âmbito do TC-012.890/2013-8, o TCU constatou que, não obstante a criação de novas estruturas administrativas para tratar do legado (Comitê de Coordenação dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 - CGOlimpíadas, Grupo Executivo dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 - GEOlimpíadas, Grupo de Trabalho do Legado dos Jogos - GT Legado, Grupo de Trabalho Legado Educacional Esportivo - GTLEE e a Autoridade Pública Olímpica - APO), ainda não haviam sido iniciados os trabalhos para a elaboração de um Plano de Uso de Legado (PUL) de maneira que, no subitem 9.7.2 do Acórdão 2.596/2013-Plenário, de 25/9/2013, relatado pelo Ministro Aroldo Cedraz, foi determinado que o GT Legado desse início imediato a seus trabalhos.*

2.3. *Em 2014, esta Corte realizou nova fiscalização e constatou ainda não existir plano de ação definido para o legado dos Jogos. Com isso, o Tribunal, por meio do item 9.1 do Acórdão 2.758/2014-Plenário, de 15/10/2014, sob a relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, determinou ao Ministério do Esporte que encaminhasse, no prazo de 120 dias, documento específico de planejamento de legado, relativamente aos equipamentos esportivos construídos com recursos federais, de forma a subsidiar um PUL, por parte da APO.*

2.4. *Todavia, em nova inspeção, o Tribunal verificou que o Poder Executivo Federal não havia apresentado nenhum documento formal com as definições mínimas desse Plano até o final do exercício de 2015. Diante disso, a Corte, conforme o Acórdão 3.315/2015-Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, optou por ouvir em audiência o então Secretário Executivo do Ministério do Esporte e o próprio Ministro do Esporte.*

2.5. *Por intermédio do Acórdão 1.527/2016- Plenário, de 17/6/2016, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, o TCU optou em não multar o ex-ministro do Esporte e o ex-secretário executivo daquela pasta naquele momento processual, diferindo o julgamento de mérito. No mesmo julgado, a Corte determinou ao Ministério do Esporte que, com o auxílio da Casa Civil da Presidência da República, apresentasse, até a data de abertura dos Jogos Rio-2016, um Plano de Legado detalhado e realístico para cada uma das arenas esportivas construídas ou reformada com recursos públicos federais para esses Jogos.*

2.6. *Na sessão de 22/3/2017, o processo foi julgado no mérito, tendo a Corte, por meio do Acórdão 494/017 – Plenário, sob a relatoria do Ministro Augusto Nardes, analisado as razões de justificativas dos ex-dirigentes, rejeitando-as e, consequentemente, aplicando-lhes multa.*

2.7. *No que tange à conclusão do Plano de Legado, em que pese esta Corte tenha verificado progressos na execução do determinado, há ainda muitas pendências a serem sanadas. Nesse*



contexto, o TCU proferiu o Acórdão 494/2017, alterado pelo Acórdão 1.707/2017, ambos do Plenário e sob a relatoria do Ministro Augusto Nardes, com as seguintes determinações:

9.5. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que, no prazo máximo de trinta dias desta deliberação, com o objetivo de ser assinado um Termo de Ajustamento de Gestão, realize uma audiência pública com todas as entidades e entes que devem estar envolvidos na busca de uma solução efetiva para o futuro dos complexos esportivos da Barra e de Deodoro, entre os quais: Casa Civil da Presidência da República; Ministérios da Fazenda; do Planejamento; do Esporte; da Defesa e da Educação; Comissão do Esporte da Câmara dos Deputados; Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal; Comitês Olímpicos e Paraolímpicos do Brasil; prefeitura do Rio de Janeiro; e Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM/RJ); Ministério Público junto ao TCU; entre outros;

9.6. determinar ao Ministério do Esporte, com o auxílio da Casa Civil da Presidência da República, e à prefeitura do município do Rio de Janeiro para que apresentem em conjunto, no prazo de 15 dias, a esta Corte de Contas, um plano de contingência, informando as providências que serão adotadas em relação a todas as arenas esportivas dos complexos da Barra e de Deodoro até que seja aprovado e colocado em funcionamento um Plano de Legado efetivo para a utilização de longo prazo de todas essas estruturas esportivas;

9.7. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que, em um novo processo específico, realize monitoramento do efetivo cumprimento dos itens 9.1 e 9.2 do Acórdão 1.527/2016- TCU-Plenário;

2.8. As determinações contidas nos itens 9.5 e 9.7 buscam a definição e execução de modelo de gestão sustentável de longo prazo, tendo esta Corte discutido até mesmo Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) e outras medidas no TC 015.072/2017-7, com vistas à elaboração de planejamento para a definição de modelo de gestão sustentável para as instalações olímpicas, em substituição ao denominado Plano de Legado (PL).

2.9. O item 9.6, objeto do monitoramento, por outro lado, destina-se à execução de plano de contingência, com vistas à adoção de ações urgentes e necessárias de curto prazo, de modo a garantir de forma imediata a conservação, manutenção e uso das arenas esportivas e, assim, possibilitar a gestão sustentável desse patrimônio.

2.10. Após o monitoramento do julgado, o Tribunal, em que pese tenha considerado em cumprimento a referida determinação, proferiu determinações à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO), na forma descrita na introdução acima.

2.11. Insatisfeita, a autarquia interpôs o presente pedido de reexame (peça 84), requerendo “o reexame de todas as determinações e recomendações dirigidas à AGLO, conforme razões expostas nessa petição” (peça 84, p. 22).

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 93-94), ratificado pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator, na peça 97, que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.2.1, 9.2.2 e 9.6 do Acórdão 1.662/2017 - Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, eis que preenchidos os requisitos aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do recurso as seguintes questões: Se é atribuição da AGLO a centralização das obrigações de natureza política e administrativa de outros entes federados sobre o Legado olímpico, a decisão política por transformações ou mesmo a existência da autarquia, bem como a realização de levantamento dos custos, com danos nas arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos Rio 2016 e decorrentes de abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016 e se é suficiente o prazo atribuído a essa empreitada (peça 84, p. 2-22);

5. Atribuições da AGLO, centralização das obrigações de natureza política e administrativa de outros entes federados sobre o Legado olímpico, decisão política por transformações ou mesmo a existência da autarquia, realização de levantamento dos custos, com danos nas arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos Rio 2016 e decorrentes de

abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016 e prazo atribuído a essa empreitada (peça 84, p. 2-20)

5.1. A recorrente afirma não ser possível centralizar nela obrigações de natureza política e administrativa de competência de outros entes federados sobre o legado olímpico, bem como atribuir-lhe a decisão política pela prorrogação da existência da autarquia, sua transformação em outra entidade ou eventual processo de centralização de suas competências no Ministério do Esporte. Também entende não lhe competir o levantamento dos custos, com vícios de construção e com danos nas arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos Rio 2016 e decorrentes de eventual abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016, além de ser exíguo o prazo a ela atribuído para tanto, impondo-se a reforma do julgado recorrido, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) A AGLO sucedeu apenas os direitos e obrigações da União na Autoridade Pública Olímpica (APO), na qualidade de autarquia federal, o que lhe traz limitações para atuar perante outros entes federativos, em especial no planejamento até a efetiva destinação das arenas esportivas que são competências administrativas, o que se confirma com a leitura do §2º do artigo 3º da Lei 13.474/2017 (peça 84, p. 3);

b) No processo de desfazimento da APO, o Estado e o Município do Rio de Janeiro reservaram para si, por meio de lei, as obrigações remanescentes, inclusive as relacionadas ao Legado olímpico discriminadas na matriz de responsabilidade dos Jogos, não sendo a AGLO a única entidade responsável pelo tema. Não é juridicamente possível cumprir a determinação da Corte sem desrespeitar o princípio federativo e a competência do Município e do Estado do Rio de Janeiro (peça 84, p. 3-4);

c) A autarquia federal não pode se submeter à fiscalização conjunta dos órgãos de controle do Estado e do Município, entendimento vinculante do STF proferido na ADI n. 1934/DF, que refutou o sistema de prestação de contas conjunta que fere a competência estabelecida nos artigos 70, 71 e 75 da Constituição Federal, as quais são exercidas com exclusividade pelos respectivos órgãos fiscalizadores (peça 84, p. 4);

d) A Medida Provisória 771/2017, posteriormente convertida na Lei 13.474/2017, revogou a Lei 12.396/2011, no qual constava ratificação pela União do protocolo de intenções que criou a APO como consórcio interfederativo, sendo sucedida pela AGLO, na qualidade de autarquia federal destinada a realizar política pública nova (peça 84, p. 4);

e) A sucessão de um consórcio tripartite por autarquia singular de um único ente tem reflexos jurídicos e a definição exata da competência desse ente exige a compreensão de desfazimento do consórcio (peça 84, p. 5);

f) Da APO, o Município do Rio de Janeiro se retirou quando promulgada a Lei Municipal 6.107/2016 e o Estado do Rio de Janeiro, quando da publicação da Lei Estadual 7.542/2017, sendo que, nas respectivas mensagens de encaminhamento das normas, os Poderes Executivos informam que as questões relacionadas ao Legado olímpico e eventuais obrigações já haviam sido avaliadas e acertadas normalmente no relacionamento entre os entes políticos, não havendo necessidade de centralização na figura da Autoridade Pública Olímpica (peça 84, p. 5);

g) A retirada do Município e do Estado do Rio de Janeiro ocorreu por decisão de gestão, sem prejuízo das obrigações por eles assumidas, inclusive no que diz respeito ao legado das Olimpíadas. Há o reconhecimento da eficácia posterior das obrigações firmadas no protocolo de intenções da APO, sobretudo em relação à necessária transição a ser promovida pelos entes consorciados, repassando informações, documentos, esclarecimentos, inclusive a memória de servidores e empregados públicos cedidos ao extinto órgão (peça 84, p. 5);

h) Quando criada a autarquia federal pela Medida Provisória 771/2017, a União era o ente que remanesceu na APO. Logo, a AGLO sucedeu a APO apenas nas obrigações assumidas pela União no consórcio, sendo nesses termos a interpretação do artigo 3º da MPV, quando dispõe que a AGLO sucede a APO em todos os seus direitos e obrigações. Essa sucessão restou mais clara, conforme o §2º

do artigo 3º, da Lei 13.474/2017, com previsão de que a mudança não abrange os direitos e obrigações de outros entes da Federação no âmbito do consórcio interfederativo (peça 84, p. 5-6);

i) A AGLO não é o único órgão responsável pelo Legado das Olimpíadas, não se podendo vê-la como mera continuidade da APO. Se essa fosse a intenção do legislador, bastaria manter o que sobrou da APO, que tinha previsão de existência até o ano de 2019. A lei reconheceu expressamente competências distintas dos dois órgãos, devendo-se exigir medidas necessárias quanto às obrigações da Autoridade Pública Olímpica pendentes de cumprimento, dentro do escopo de atuação da nova autarquia (artigo 1º, VII, da Lei 13.474/2017) (peça 84, p. 6);

j) O Legado das Olimpíadas é, de fato, patrimônio do povo brasileiro, o que não se confunde com a competência federal sobre a matéria, merecendo reexame o acórdão recorrido, quando afirma que a AGLO, no exercício da competência de elaborar plano de utilização das instalações dos Jogos Rio 2016, exerce papel de aglutinador de informações sobre o legado olímpico. A Medida Provisória que deu origem à Lei 13.474/2017 não distingue entre as arenas da autarquia e dos outros entes envolvidos, tratando-as como instalações que receberam aporte de recursos públicos, “patrimônio do povo brasileiro” (peça 84, p. 6-7);

k) Optou-se pela criação de pessoa jurídica nova para concretizar a política pública relativa às instalações esportivas, diferente daquela que foi originalmente planejada (peça 84, p. 7);

l) No lugar do contrato da PPP que seria firmado pelo Município do Rio de Janeiro, para, dentre outras atribuições, administrar o Parque Olímpico da Barra, foi pactuado entre a Prefeitura e o Ministério do Esporte o termo de cessão de quatro arenas esportivas – Velódromo, Centro Olímpico de Tênis e Arenas Cariocas 1 e 2, as quais passaram para a administração federal e foram submetidos à competência da AGLO, que se estende apenas sobre as instalações esportivas sob a posse (Barra) ou sob o Domínio (Deodoro) da União;

m) A competência da AGLO está prevista nos artigos 1º e 11 da Lei 13.474/2017, transcritos no recurso (peça 84, p. 7-9), tendo sido atribuídas à autarquia competências para gerir as instalações do Legado que estejam sob a posse ou o domínio da União, elaborar o plano de utilização das instalações olímpicas e paraolímpicas que estejam sob sua administração, divulgar as atualizações do Plano de Legado das instalações olímpicas para atender às políticas públicas desenvolvidas pela entidade e pelo Ministério do Esporte, conforme os artigos 1º, incisos IV e VIII; e 11, §3º, todos da Lei 13.474/2017 (peça 84, p. 9);

n) Apesar do nome “Governança do Legado Olímpico” transmitir ideia ampla, a AGLO tem competências claras sobre bens específicos no âmbito federal. Por conta disso, foi necessário firmar o Termo de Cessão n. 139/2016 entre o Ministério do Esporte, representando a União; e a Prefeitura do Município do Rio de Janeiro, deslocando quatro arenas esportivas do Parque Olímpico da Barra para gestão federal e, posteriormente, para a competência da autarquia;

o) Para exercer as competências executivas e concretizar a afetação desses bens sob o domínio da União, foram conferidos à AGLO os instrumentos previstos nos artigos 1º, III, parágrafo único, incisos I e II; 11, caput; e 16 da Lei 13.474/2017. Para tanto, criou-se instituto jurídico novo relativo à utilização, a título precário, das áreas das instalações do Legado olímpico que estejam sob a posse ou o domínio da União, mediante o pagamento de contrapartidas, que poderão ser reduzidas ou isentadas, a partir da autorização de utilização dos bens do legado, nos termos do artigo 1º, V e VI, da Lei 13.474/2017 (peça 84, p. 10);

p) A AGLO, como autarquia federal temporária, tem, portanto, natureza jurídica e competências administrativas totalmente distintas daquelas atribuídas à APO. A Autoridade Pública Olímpica tinha como objetivo, na forma de consórcio tripartite, coordenar a participação da União, do Estado e do Município do Rio de Janeiro na preparação e realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, de modo a cumprir os compromissos assumidos perante o COI no Protocolo de Intenções, ratificado pela Lei 12.396/2011 (peça 84, p. 10);



q) Desde o surgimento, a AGLO trabalha, sob a supervisão do Ministério do Esporte, na transição do “modo Jogos” para o “modo Legado”, em quatro arenas esportivas da Barra e, em gestão compartilhada com o Exército, mediante acordo de cooperação, nas arenas de Deodoro;

r) Deve-se considerar que, apesar da limitação de competência da autarquia às instalações esportivas sob a posse ou o domínio da União, o Legado é vasto, incluindo 22 instalações olímpicas e materiais esportivos que estão sob a administração de entes federativos e pessoas privadas com competência distintas da AGLO. Antes, essas instituições possuíam a coordenação do consórcio tripartite da APO, poder não atribuído à Agência de Governança do Legado Olímpico (peça 84, p. 10);

s) A coordenação entre os diferentes entes dependerá da coordenação política, de parcerias e convênios entre as entidades envolvidas, sem haver ascendência ou centralidade da AGLO sobre Estado e Município, já que se trata de autarquia federal. A entidade vem promovendo a interconexão, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, de modo a integrar as instalações olímpicas do Rio de Janeiro, como o ápice da Rede Nacional de Treinamento e do Plano Nacional de Desporto, instrumentos centrais do Planejamento Estratégico do Ministério do Esporte, permitindo o desenvolvimento contínuo do desporto de alto rendimento no Brasil (peça 84, p. 11);

t) O trabalho da AGLO decorre de iniciativas bem-sucedidas iniciadas no Ministério do Esporte, desde a apresentação do plano de legado, quando o Parque Olímpico da Barra não estava sob a alçada federal. No plano de legado, como explicado no item 14.2.6 do Acórdão 494/2017, a pasta do Esporte estruturou Grupo de Trabalho destinado a consolidar os dados referentes aos Jogos Olímpicos, que estavam dispersos em posse da Autoridade Pública Olímpica, Prefeitura do Rio de Janeiro, Rio 2016, entidades desportivas e outros atores envolvidos nos Jogos Olímpicos, com a consolidação de informações, considerando os investimentos realizados no desenvolvimento de atletas nacionais;

u) Houve a necessidade de integrar tais políticas públicas ao Legado olímpico de materiais, equipamentos e instalações de excelência esportiva mundial, atribuições colocadas legalmente sob a competência da recorrente (peça 84, p. 11-12);

v) O Ministério do Esporte, dentro desse trabalho de articulação, assinou acordos de cooperação com o Comitê Olímpico do Brasil, Comitê Paralímpico Brasileiro e a Confederação Brasileira de Clubes, firmando parcerias com entidades da sociedade civil organizada, com a finalidade de promover o esporte, a partir das instalações sob a administração do órgão (peça 84, p. 11);

w) Em audiência pública convocada pela autarquia dois meses após a criação dela, em 14/6/2017, foi apresentado o planejamento estratégico e operacional da entidade, o que se chamou “plano de legado”, com vistas a desenvolver política pública com base na nova competência do artigo 1º, parágrafo único, III, da MPV 771/2017, que veio a ser convertida na Lei 13.474/2017 (peça 84, p. 12);

x) Desde sua criação, com vistas a instituir calendário de eventos, a AGLO já promoveu, no Parque Olímpico, em maio de 2017, o primeiro torneio oficial internacional realizado no local após os Jogos Rio 2016. O Velódromo retomou sua utilização e, entre julho e novembro de 2017, havia dez eventos confirmados. Em Deodoro, a Arena da Juventude já recebeu mais de 3.000 pessoas durante o Campeonato Carioca de Judô, tendo ocorrido ou estando confirmados, à época, eventos, também, no Centro Militar de Tiro Esportivo, Centro de Treinamento de Pentatlo Moderno, Arena da Juventude, Centro de Treinamento de Hóquei e o Parque Equestre (peça 84, p. 12-13);

y) Em paralelo, a AGLO, conforme o processo administrativo 58021000175/2017-13, buscou junto ao BNDES e à Secretaria de Parcerias e Investimentos da Presidência da República, conforme permite a Lei 13.334/2016, subsídios técnicos profissionais para estruturação de parcerias de investimentos ou de medidas de desestatização, atendendo ao que dispõe o §3º do artigo 11 da Lei 13.474/2017 (peça 84, p. 13);

z) A forma de gestão das arenas para o futuro é decisão discricionária da Administração, que se dará dentro do espaço de dois anos e meio, resultando na extinção da AGLO, conforme o artigo 12 da Lei 13.474/2017, que será sucedida pela União ou outra entidade, a critério do Chefe do Poder Executivo. O que importa é a autarquia realizar, cumprir os prazos e, de fato, legar para as presentes e futuras gerações a herança das Olimpíadas do Rio de Janeiro (peça 84, p. 13-14);

aa) A AGLO vem se aproximando dos outros protagonistas dos Jogos Olímpicos Rio 2016, firmando ações conjuntas de interesse recíproco, mas a missão dela não é realizar a coordenação entre os diversos atores envolvidos, o que era da alçada da APO, como consórcio interfederativo; e do GEOLimpíadas, Grupo Executivo da Administração Direta. A atribuição da AGLO em coordenação é a mesma de qualquer outra autarquia (peça 84, p. 14);

ab) O Gecopa era um Grupo Executivo instituído pelo Decreto de 14/1/2010, no qual a União, sob a liderança da Secretaria-Executiva do Ministério do Esporte, coordenava a instituição do Plano Estratégico das ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014, dentre outras atribuições. Organismo comparado ao Gecopa, com função de coordenação político-administrativa, seria o GEOLimpíadas e não a AGLO, que é autarquia federal com competências executivas (peça 84, p. 14-15);

ac) Ao GEOLimpíadas, que também está sob a liderança da Secretaria-Executiva do Ministério do Esporte, compete, conforme artigos 1º e 3º do Decreto s/n, de 13/9/2012, definir as diretrizes e ações do Governo Federal para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, dentre outras atribuições (peça 84, p. 15-16);

ad) Deve ser objeto de reexame a comparação feita entre a AGLO e o Gecopa, sobretudo em relação às obrigações de centralização de obrigações administrativas, a exemplo da determinação de consolidar e informar ao TCU a relação de contratos, convênios, acordos ou instrumentos congêneres, com seus objetos e valores, que forem executados pelo Estado e pelo Município do Rio de Janeiro. Além disso, é necessário revisar a argumentação, presente no item 42.3.3 e respectivos subitens, 42.3.4, 42.4.1-42.4.5 e 42.4.9 e 42.4.10, com respectivos subitens, transcritos no relatório do acórdão recorrido e no presente recurso, de que a MP 771/2017 determina, como competência da autarquia, ações de curto prazo em todas as arenas olímpicas, inclusive aquelas que não estão, diretamente, sob a gestão dela, exercendo papel central de aglutinador de informações sobre o Legado olímpico como um todo, gestora de ativos das arenas olímpicas, tendo em vista a competência de elaborar o plano de utilização das instalações dos Jogos Rio 2016 e de acompanhamento dos instrumentos jurídicos que transferiram a gestão de equipamentos para a Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro e o Exército. Com isso, deve-se repensar as determinações às diversas entidades envolvidas com o tema, transcritas na parte introdutória desta instrução (peça 84, p. 16-19);

ae) Se a APO jamais, conforme o acórdão, foi considerada um consórcio de fato, a AGLO, por sua natureza e expressa disposição legal, também não poderá sê-lo, tendo outra missão (peça 84, p. 19);

af) As atividades de coordenação e centralização exigidas no acórdão cabiam ao consórcio da APO até o seu desfazimento, bem como ao GEOLimpíadas, que é o grupo que guarda simetria com o Gecopa mencionado na deliberação recorrida. A centralização poderia até fazer algum sentido se a AGLO fosse dotada de competência reguladora sobre a matéria de competência comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, o que exige, entretanto, proposta legislativa (peça 84, p. 19);

ag) A ideia de centralização das obrigações na autarquia federal pode ferir a autonomia federativa, pois a AGLO se sujeitaria à fiscalização, abrindo margem à interpretação de que haveria competência conjunta com outras cortes de contas, haja vista que o acórdão recorrido fala em trabalhos in loco junto a todos os órgãos e entidades responsáveis pelo Legado olímpico (peça 84, p. 19-20);

ah) A tese da fiscalização conjunta foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI 1.9341/DF, que entendeu ser a fiscalização do TCU exclusiva, por conta das competências dos entes federados, sob pena de gerarem decisões conflitantes. Logo, fiscalização conjunta, por parte de

Cortes de contas estadual ou municipal sobre a AGLO, ainda que em parceria com o TCU, representaria modelo inconstitucional (peça 84, p. 20);

ai) O acórdão também determinou à AGLO que adote, em até 60 dias, providências no sentido de realizar levantamento dos custos incorridos e a incorrer, com vícios de construção e com danos nas arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos do Rio 2016, e ainda, com aqueles decorrentes de eventual abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016, caso ainda não tenha sido realizado, tomando, dentro desse mesmo prazo, providências, até mesmo judiciais, caso necessário (peça 84, p. 20-21);

aj) As intervenções realizadas pela AGLO nos espaços sob sua competência não interferirão nas garantias contratuais previstas nos contratos firmados por terceiros, conforme o §2º do artigo 11 da Lei 13.474/2017 (peça 84, p. 21);

ak) Mesmo que não existisse disposição legal específica, o exercício da competência legal da autarquia de viabilizar a adequação, manutenção e utilização das instalações esportivas olímpicas e paraolímpicas não poderia ser condicionada em razão de cláusulas e providências contratuais de terceiros (peça 84, p. 21);

al) Conforme o vínculo contratual existente e a matriz de responsabilidade dos Jogos Olímpicos, caberia ao Município do Rio de Janeiro identificar os vícios construtivos e valores dos serviços que devem ser realizados, o que já está em andamento, não obstante a lentidão;

am) Qualquer providência da AGLO somente seria plausível em caso de omissão da Prefeitura, quando passaria a agir como terceira interessada ou, após o recebimento definitivo da obra, quando se investiria plenamente dos poderes contratuais da cessão de uso;

an) A determinação jamais poderia ser cumprida satisfatoriamente em 60 dias, porque o número de itens passíveis de correção a serem precificados, identificados em Nota Técnica do DIE/ME, de fevereiro de 2017, chega a quase 1.600, alguns deles com maior complexidade, os quais exigem licitação e elaboração de projeto para que sejam precificados, além da insuficiência de mão de obra especializada disponível na AGLO, como apontado na deliberação recorrida (peça 84, p. 21-22);

ao) Merece reexame tanto o exíguo prazo de 60 dias, quanto a imputação de responsabilidade à AGLO pela apuração para realizar levantamento dos custos incorridos e a incorrer, com vícios de construção e com danos nas arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos do Rio 2016, e ainda, com aqueles decorrentes de eventual abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016. A responsabilidade da autarquia só surgiria de forma eventual após o recebimento definitivo da obra pela parte contratualmente legitimada ou, durante esse período, se e quando a omissão da Prefeitura interferir no exercício de sua competência (peça 84, p. 22).

Análise

5.2. Os argumentos da recorrente estão parcialmente corretos. A AGLO, conforme os dispositivos legais pertinentes, possui, ao menos, três competências amplas: consolidação de informações acerca do Legado olímpico; administração de equipamentos esportivos utilizados nos Jogos Rio 2016 a ela repassados e monitoramento da escolha e implementação do modelo de gestão desse patrimônio adotado pelos demais atores envolvidos.

5.3. Na forma destacada na deliberação recorrida e no histórico desta instrução, os esforços desta Corte em garantir a proteção e preservação do Legado olímpico são de longa data, com incursões, ao menos, no âmbito dos TCs 012.890/2013-8, 010.915/2015-0 e 015.072/2017-7. Todavia, a questão ainda é ponto de grande fragilidade e de pendências por parte dos órgãos responsáveis.

5.4. Sobre a atuação desta Corte no bojo dessa controvérsia, é importante transcrever, uma vez mais, os itens 9.5, 9.6 e 9.7 do Acórdão 494/2017, alterado pelo Acórdão 1.707/2017, ambos do Plenário e sob a relatoria do Ministro Augusto Nardes:

9.5. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que, no prazo máximo de trinta dias desta deliberação, com o objetivo de ser assinado um Termo de Ajustamento de Gestão, realize uma audiência pública com todas as entidades e entes que devem estar envolvidos na busca de uma solução efetiva para o



futuro dos complexos esportivos da Barra e de Deodoro, entre os quais: Casa Civil da Presidência da República; Ministérios da Fazenda; do Planejamento; do Esporte; da Defesa e da Educação; Comissão do Esporte da Câmara dos Deputados; Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal; Comitês Olímpicos e Paraolímpicos do Brasil; prefeitura do Rio de Janeiro; e Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM/RJ); Ministério Público junto ao TCU; entre outros;

9.6. determinar ao Ministério do Esporte, com o auxílio da Casa Civil da Presidência da República, e à prefeitura do município do Rio de Janeiro para que apresentem em conjunto, no prazo de 15 dias, a esta Corte de Contas, um plano de contingência, informando as providências que serão adotadas em relação a todas as arenas esportivas dos complexos da Barra e de Deodoro até que seja aprovado e colocado em funcionamento um Plano de Legado efetivo para a utilização de longo prazo de todas essas estruturas esportivas;

9.7. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que, em um novo processo específico, realize monitoramento do efetivo cumprimento dos itens 9.1 e 9.2 do Acórdão 1.527/2016- TCU-Plenário;

5.5. Como explicado no relatório do acórdão recorrido, as determinações constantes dos itens 9.5 e 9.7 têm a finalidade de definir e executar modelo de gestão sustentável de longo prazo para as instalações olímpicas, em substituição ao fracassado Plano de Legado. A própria negociação do Termo de Ajustamento de Gestão restou infrutífera nesta Corte, conforme descrito no Acórdão 393/2018 – Plenário (TC 015.072/2017-7), relatado pelo Ministro Augusto Nardes:

63. Diante desse panorama, o TCU tentou, por meio do item 9.5 do Acórdão 1.662/2017-TCU-Plenário, aproximar esses diversos atores para a consecução de um planejamento que culminasse com a adoção e execução de modelo de gestão sustentável das arenas olímpicas, como previsto no Acórdão 494/2017-TCU-Plenário e na MP 771/2017 (convertida na Lei 13.474/2017).

64. Entretanto, mesmo com todo esforço para aproximação dos órgãos/entidades envolvidos, não foi obtido êxito na elaboração de um planejamento que, minimamente, pudesse ser levado adiante.

65. Tal situação torna-se preocupante à medida que eventuais atrasos aumentam os riscos de que o modelo de gestão sustentável não seja concluído até a extinção da AGLO, definida para 30/6/2019, conforme art. 12 da Lei 13.474/2017.

66. Dessa forma, em virtude das infrutíferas iniciativas do Tribunal, na tentativa de, em conjunto com os envolvidos, buscar soluções para a escolha e implantação de modelo de gestão sustentável das arenas olímpicas, culminando com a assinatura de TAG, que representaria o planejamento para o atingimento dos objetivos, não resta outra alternativa senão adotar medidas cogentes de forma a alcançar o cumprimento do cerne do contido no item 9.5 do Acórdão 1.662/2017-TCU-Plenário.

5.6. De outro lado, esta Corte, ao se deparar com o estágio atual das arenas e equipamentos utilizados nos Jogos Rio 2016, entendeu ser de máxima relevância a elaboração e execução de plano de contingência destinado a proteger, de imediato, as instalações até a aprovação e colocação em funcionamento de um Plano de Legado ou de gestão sustentável de longo prazo. Trata-se de necessário conjunto de ações de curto prazo, para evitar deterioração e dilapidação do patrimônio público olímpico, determinado no item 9.6 do referido julgado, objeto do processo ora em análise.

5.7. Entretanto, nos mesmos termos em que esta Corte tem se deparado com as questões relativas ao Legado olímpico mesmo antes da realização dos Jogos, novamente são levantados questionamentos sobre o órgão ou entidade responsável pela coordenação e execução dessa empreitada.

5.8. Dentro da estrutura montada para gerir os Jogos Olímpicos Rio 2016, caberia ao Ministério do Esporte, com o auxílio da Casa Civil da Presidência da República, a elaboração de um Plano de Legado para as arenas construídas com recursos públicos federais, conforme determinado por esta Corte no item 9.1 do Acórdão 2.758/2014 – Plenário, relatado pelo Ministro Aroldo Cedraz, transcrito abaixo, com deliberações semelhantes em outros julgados desta Corte, como o Acórdãos 1.527/2016 – Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Nardes:

9.1. determinar ao Ministério do Esporte que, com o auxílio da Casa Civil da Presidência da República, apresente até a data de abertura dos Jogos Rio-2016 um Plano de Legado detalhado e realístico para cada uma das arenas esportivas construída ou reformada com recursos públicos federais para esses Jogos;

5.9. No caso da governança destinada a tratar do Legado, pode-se citar as seguintes estruturas administrativas: Comitê de Coordenação dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016

(CGOlimpíadas), Grupo Executivo dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 (GEOlimpíadas), Grupo de Trabalho do Legado dos Jogos (GT Legado), Grupo de Trabalho Legado Educacional Esportivo (GTLEE) e a Autoridade Pública Olímpica (APO).

5.10. É importante lembrar que a Autoridade Pública Olímpica se constituía de consórcio público formado pela União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, conforme protocolo de intenções ratificado pela Lei 12.396/2011.

5.11. Um dos objetivos fundamentais do Consórcio, de acordo com a Cláusula Quarta do Protocolo de Intenções anexo à Lei 12.396/2011, era o planejamento do uso de legado dos Jogos, com proposição de soluções sustentáveis sob os aspectos econômico, social e ambiental. Assim, ao Ministério do Esporte caberia o planejamento do legado e à APO a elaboração do Plano de Uso do Legado (PUL), em atuações complementares.

5.12. Em 29/3/2017, o Poder Executivo federal editou a Medida Provisória 771/2017, convertida na Lei 13.474/2017, transformando a Autoridade Pública Olímpica na Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO), ora recorrente. De acordo com o artigo 1º da Lei 13.474/2017, a AGLO tem natureza jurídica de autarquia federal temporária, dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Esporte.

5.13. Destaque-se que o referido diploma legal transformou consórcio formado por três entes federativos em autarquia federal, em questionável engenharia jurídica, haja vista que, por certo, haveria, como se mostra o presente recurso, questionamentos quanto à competência e ascendência da nova entidade sobre a atuação do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro.

5.14. Não se pode olvidar que, atualmente, as principais instalações que compõem o Legado olímpico estão sob a administração de três distintos atores: a própria AGLO, a Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro e o Ministério da Defesa, por intermédio do Centro de Capacitação Física do Exército (CCFEx). Nesse sentido, transcreve-se trecho do voto condutor da deliberação recorrida:

30.1. A Autoridade de Governança Olímpica (AGLO), vinculada ao Ministério do Esporte, herdou as Arenas 1 e 2, o Velódromo e o Centro Olímpico de Tênis, todos situados no Complexo Olímpico da Barra, para sua gestão própria, além de papel central na adoção de modelo de gestão sustentável de legado olímpico de todas as arenas/equipamentos;

30.2. A Secretaria Municipal de Esporte e Lazer da cidade do Rio de Janeiro (SMEEL) herdou a Arena 3, no Complexo Olímpico da Barra, e o Parque Radical, contendo Pista de BMX e Canoagem Slalom, nos arredores do Complexo Olímpico de Deodoro.

30.3. A Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro, ainda sem uma definição quanto à Secretaria ou empresa responsável (Obras, Esporte, Casa Civil, RIOURBE, etc.), herdou a responsabilidade de desmontar a Arena do Futuro e o Parque Aquático, ambos situados no Complexo Olímpico da Barra em área privada; e

30.4 O Ministério da Defesa, por intermédio do Centro de Capacitação Física do Exército (DECEX) herdou o Complexo Olímpico de Deodoro (Centros de Tiro, Hipismo, Hóquei e Pentatlo Moderno, além da Arena da Juventude).

5.15. Diante disso e como principal escopo do presente recurso está a análise da atribuição da AGLO sobre todas as instalações olímpicas financiadas com recursos federais e que compõem o Legado dos Jogos Rio 2016, após a extinção da estrutura administrativa até então responsável pelo Legado.

5.16. Para tanto, dispõe o artigo 1º da Lei 13.474/2017, como competências da AGLO:

I - viabilizar a adequação, a manutenção e a utilização das instalações esportivas olímpicas e paraolímpicas destinadas às atividades de alto rendimento ou a outras manifestações desportivas de que trata o art. 3º da Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, constantes da Matriz de Responsabilidades dos Jogos Rio 2016;

II - administrar as instalações olímpicas e promover estudos que proporcionem subsídios para a adoção de modelo de gestão sustentável sob os aspectos econômico, social e ambiental;

III - estabelecer parcerias com a iniciativa privada para a execução de empreendimentos de infraestrutura destinados à melhoria e à exploração da utilização das instalações esportivas, aprovadas previamente pelo Ministério do Esporte;



IV - elaborar o plano de utilização das instalações olímpicas e paraolímpicas, sujeito à supervisão e à aprovação do Ministério do Esporte;

V - definir as contrapartidas onerosas em razão da utilização das instalações do legado olímpico;

VI - incentivar, na forma de regulamento, inclusive com isenção ou redução das contrapartidas, as atividades de alto rendimento ou outras manifestações desportivas de que trata o art. 3º da Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, constantes da Matriz de Responsabilidades dos Jogos Rio 2016, a partir da autorização de utilização dos bens do legado;

VII - adotar perante os órgãos competentes medidas necessárias para exaurimento das obrigações do consórcio Autoridade Pública Olímpica, no que tange às obrigações pendentes de cumprimento que interfiram no exercício da competência da autarquia; e

VIII - divulgar as atualizações do Plano de Legado das Instalações Olímpicas para atender às políticas públicas que sejam desenvolvidas pela autarquia e pelo Ministério do Esporte.

5.17. O normativo, ao mesmo tempo em que prevê a cessão à AGLO de todos os direitos e obrigações da APO, dispõe que isso não abrange prerrogativas e encargos de outros entes da Federação no âmbito do consórcio interfederativo, conforme o artigo 3º, caput e §3º, in verbis:

Art. 3º A Aglo sucede a APO em todos os seus direitos e obrigações.

§2º O disposto neste artigo não abrange os direitos e obrigações de outros entes da Federação no âmbito do consórcio interfederativo.

5.18. A afirmação da recorrente, com base nesses dispositivos, na qual sugere que esta Corte busca centralizar na AGLO obrigações de natureza política e administrativa de competência de outros entes federados sobre o Legado olímpico, o que não seria possível, não condiz com o disposto na norma e na jurisprudência desta Casa, incluindo-se a deliberação recorrida.

5.19. Ao contrário do que afirma a recorrente, a deliberação recorrida não buscou centralizar na AGLO atribuições que seriam de outros entes federados, mas sim extraiu da norma os novos limites de atuação do Governo Federal e da própria autarquia sobre a matéria, sem adentrar em direitos e obrigações de outros entes da Federação, com exceção de um ponto a ser discutido à frente, objeto de proposta de ajuste nesta instrução.

5.20. A interpretação dos dispositivos legais pertinentes permite que se conclua por, ao menos, três competências amplas da AGLO: consolidação de informações acerca do Legado olímpico; administração de equipamentos esportivos utilizados nos Jogos Rio 2016 a ela repassados e monitoramento da escolha e implementação do modelo de gestão desse patrimônio adotado pelos demais atores envolvidos.

5.21. Nessa linha, nota-se que a Lei 13.474/2017, em seu artigo 1º, inciso I, atribuiu à nova autarquia a obrigação de viabilizar a adequação, a manutenção e a utilização das instalações esportivas olímpicas e paraolímpicas destinadas às atividades de alto rendimento ou a outras manifestações desportivas de que trata o art. 3º da Lei 9.615, de 24 de março de 1998, constantes da Matriz de Responsabilidades dos Jogos Rio 2016.

5.22. No mesmo sentido, caberá à AGLO estabelecer parcerias com a iniciativa privada para execução de empreendimentos de infraestrutura destinados à melhoria e à exploração da utilização das instalações esportivas integrantes do Legado, conforme o inciso III do artigo 1º da Lei 13.474/2017.

5.23. De outro lado, compete à AGLO administrar as instalações olímpicas sob a responsabilidade dela, além de elaborar plano de utilização desses equipamentos olímpicos, tendo em vista o disposto nos itens II e IV do artigo 1º da Lei 13.474/2017. Esse ponto é incontroverso.

5.24. Todavia, em que pese a nítida fragilidade da norma, seria desarrazoado concluir que a AGLO não teria qualquer responsabilidade sobre o planejamento do uso e gestão sustentável das arenas que não estejam sob a responsabilidade dela. Não se consegue extrair do novo diploma conclusão nesse sentido, o que, por certo, constituiria a completa fragilização da estrutura de governança destinada a garantir o uso sustentável dos equipamentos esportivos integrantes do Legado olímpico.

5.25. De fato, a Lei 13.474/2017, em seu artigo 1º, incisos II e VIII, manteve como competência da AGLO a promoção de estudos que proporcionem subsídios para a adoção de modelo de gestão sustentável sob os aspectos econômico, social e ambiental, além da divulgação das atualizações do Plano de Legado das Instalações Olímpicas para atender às políticas públicas que sejam desenvolvidas pela autarquia e pelo Ministério do Esporte.

5.26. Assim, não obstante os gestores de cada equipamento esportivo integrante do Legado olímpico tenham a responsabilidade de elaborar o plano de utilização das instalações sob a gestão deles, a AGLO deve monitorar a escolha e a implementação do modelo adotado, em cotejo com as políticas públicas adotadas pelo Ministério do Esporte.

5.27. Ressalte-se, nesse sentido, trecho do relatório do recente Acórdão 383/2018 – Plenário, de 28/2/2018, acatado pelo Relator, Ministro Augusto Nardes; e pelo colegiado:

54. Porém, realizando uma interpretação sistemática, mais adequada para elucidar a questão, envolvendo, além da Lei 13.474/2017, a Lei 9.649/1998 e os Decretos 7.784/2012, 8.829/2016 e s/nº, de 13/9/2012, bem como, o subitem 9.1 do Acórdão 2.758/2014-TCU-Plenário, entende-se que **a atuação da AGLO, no que tange às arenas que não estão sobre sua gestão, concentra-se em identificar se o modelo de gestão adotado pelos entes que detém a gestão de arenas olímpicas está condizente com as políticas públicas adotadas pelo ministério.**

55. Chega-se à interpretação retrocitada pelos seguintes argumentos:

1) O Ministério do Esporte é o responsável pelo planejamento do legado dos equipamentos esportivos construídos com recursos da União, conforme Decreto s/nº, de 13/9/2012, e subitem 9.1 do Acórdão 2.758/2014-TCU-Plenário;

2) A AGLO é braço do Ministério do Esporte responsável por divulgar as atualizações do Plano de Legado das Instalações Olímpicas para atender às políticas públicas que sejam desenvolvidas pela autarquia e pelo Ministério do Esporte, conforme inciso VIII, da Lei 13.474/2017;

3) O Ministério do Esporte é o responsável pela política nacional do esporte, bem como, pelo planejamento, coordenação, supervisão e avaliação dos planos e programas de incentivo aos esportes, conforme Lei 9.649/1998 e Decretos 7.784/2012, 8.829/2016. (Grifos no original)

5.28. De fato, seja dentro da estrutura de governança dos Jogos Rio 2016, nos termos do Decreto s/n, de 13/9/2012; e do item 9.1 do Acórdão 2.758/2014 – Plenário, relatado pelo Ministro Aroldo Cedraz, ou no âmbito da política nacional do esporte, conforme a Lei 9.649/1998 e os Decretos 7.784/2012 e 8.829/2016, cabe ao Ministério do Esporte a defesa do Legado olímpico produzido com recursos federais.

5.29. A AGLO, por força do disposto nos incisos I e VIII do artigo 1º da Lei 13.474/2017, é responsável por viabilizar a adequação, manutenção e utilização desse patrimônio e divulgar as atualizações do Plano de Legado, atuando em conjunto com o Ministério do Esporte e com os demais gestores de arenas e equipamentos olímpicos. Por certo, não caberá à AGLO substituir o respectivo gestor do equipamento esportivo em ações executivas, mas as atividades de planejamento e consolidação de informações de todo o Legado olímpico se mantêm dentro do espectro de atuação da autarquia. Trata-se da interpretação mais condizente com o ordenamento jurídico atual.

5.30. Nesse sentido, o acórdão recorrido, com exceção de ajuste pontual proposto nesta instrução; e o recente Acórdão 393/2018 – Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, delimitaram adequadamente os liames de atuação da Autoridade de Governança do Legado Olímpico e dos demais entes envolvidos na gestão desse patrimônio nacional. Nessa linha, cabe transcrever o item 9.2 e subitem 9.2.5 da última deliberação citada, posicionamento mais recente do TCU sobre a matéria:

9.2. determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI-TCU, que adotem as seguintes providências com vistas a dar cumprimento à busca de uma solução efetiva para o futuro dos complexos esportivos da Barra e de Deodoro, conforme disposto no item 9.5 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário:

(...)

9.2.5. à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) que apresente ao TCU, no prazo de 90 dias, plano de ação detalhado (com ações, prazos e responsáveis), com data de término máxima em 30/6/2019 (data limite prevista para a extinção da AGLO, consoante art. 12 da Lei 13.474/2017), quanto à adoção de

modelo de gestão sustentável ambiental, econômica e social para as arenas olímpicas, conforme art. 1º, incisos II e VIII, da Lei 13.474/2017; levando em consideração dois cenários: com o adimplemento tempestivo das obrigações da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro e do Comitê Organizador Rio 2016, expostas nos itens anteriores; e o segundo, considerando o não-adimplemento dessas obrigações e a consequente assunção por parte da AGLO e/ou da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro ou do Centro de Capacitação Física do Exército (CCFEX) dessas tarefas, sendo, nesse caso, devida a ação de regresso contra a Prefeitura e/ou Comitê;

5.31. Cabe consignar, ainda, que é indiferente deduzir a atuação da AGLO no que concerne a ações de curto ou longo prazo, vinculadas ao requerido plano de contingência ou à gestão sustentável de longo prazo do Legado olímpico, tratada no TC 015.072/2017-7, razão pela qual o tema não pode ser discutido de forma dissociada, impondo-se a análise conjunta das deliberações acerca da matéria.

5.32. Nessa linha, a autarquia, vinculada ao Ministério do Esporte, e que substituiu o consórcio tripartite, por certo, é a única instituição capaz de se responsabilizar pela consolidação de informações dos órgãos e entidades envolvidos na gestão do Legado olímpico.

5.33. No âmbito do TC 015.075/2017 – 7, objeto do recente Acórdão 393/2018 – Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, a entidade se colocou na posição de consolidadora dos dados dos demais gestores do Legado olímpico e tem sido tratada regularmente dessa forma por esta Corte, como se nota em diversos trechos do relatório do julgado:

21. Outrossim, a AGLO foi designada responsável por consolidar as informações dos órgãos/entidades envolvidas, em virtude de suas competências legais, art. 1º, incisos II e IV, da MP 771, de 29/3/2017 (art. 1º, incisos II, IV e VIII, da Lei 13.474/2017).

(...)

24. Todos os representantes presentes, inclusive o Comitê Rio 2016 e a Prefeitura do Rio de Janeiro, anuíram, verbalmente, com a elaboração das ações sob sua responsabilidade e posterior encaminhamento para a AGLO, para consolidação.

(...)

33. Por fim, vale dizer que o Centro de Capacitação Física do Exército (CCFEx) entregou à AGLO, para consolidação, as ações de sua responsabilidade, bem como, que o Ministério do Esporte estava trabalhando em conjunto com a AGLO.

(...)

40. Diante do documento apresentado pela AGLO (peça 15), denominado Matriz de Planejamento, contendo a consolidação das ações necessárias para a escolha de modelo de gestão sustentável das arenas olímpicas, pôde-se concluir que o mesmo não se traduz em documento de planejamento hábil para a consecução das finalidades almejadas, pelos seguintes motivos:

5.34. Essa interpretação está em consonância com o disposto na deliberação recorrida, ao contrário do que afirma a recorrente. Para tanto, cite-se do voto condutor do julgado em debate:

24. Além disso, entendo que tal autarquia deve centralizar as informações de todos os entes envolvidos com a elaboração do Plano de Legado, desde o planejamento até a efetiva destinação das arenas esportivas, com vistas ter um único órgão no Brasil com a reponsabilidade de solucionar tal entrave referente à futura destinação dessas instalações.

5.35. Nessa linha, no item 9.2.1 do acórdão recorrido, ora em debate, a recorrente está colocada apenas como consolidadora das informações relacionadas às ações e providências adotadas por cada um dos gestores acerca da manutenção, conservação e utilização provisória das arenas olímpicas, dados que deverão ser encaminhados pela Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro e pelo CCFEx, conforme os itens 9.3.1 e 9.4.1 do mesmo julgado. Essa atribuição tem relação direta com os incisos I e VIII da Lei 13.474/2017, não havendo qualquer irregularidade nesse ponto do julgado recorrido.

5.36. Não há dúvida de que dificuldades serão encontradas para colher informações e se relacionar sobretudo com a Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro e com o Comitê Rio 2016, como relata a recorrente e informa o relatório do Acórdão 393/2018 – Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Nardes. Entretanto, esse fator não afasta a AGLO das responsabilidades legais a ela

atribuídas, devendo essas controvérsias serem resolvidas no âmbito desta Corte ou mesmo judicialmente.

5.37. Por outro lado, não se pode olvidar que, atualmente, a AGLO, além das competências de acompanhamento e controle sobre o plano de uso dos equipamentos geridos pela Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro e pelo CCFEx, também é gestora das Arenas 1 e 2, do Velódromo e do Centro Olímpico de Tênis, todos situados no Complexo Olímpico da Barra.

5.38. Diante disso, cabe à AGLO garantir diretamente a adequação, manutenção e utilização dessas instalações esportivas, nos termos do artigo 1º, inciso I, da Lei 13.474/2017. Por certo, para o cumprimento desse mister, não há outra alternativa à autarquia senão se imiscuir no recebimento definitivo das obras e na relação da Prefeitura municipal do Rio de Janeiro com empreiteiras e outras entidades prestadoras de serviços relacionados a esse patrimônio, ainda que se necessite estruturar estratégia jurídica de atuação junto a todos os envolvidos. É exatamente esse o objetivo da competência a ela atribuída, com maior intensidade no âmbito dos bens por ela geridos.

5.39. Nesse sentido, para que a AGLO, por exemplo, viabilize o maior número possível de eventos nas instalações esportivas do Parque Olímpico da Barra, faz-se necessário soluções imediatas em relação a vícios de construção e outras irregularidades ainda decorrentes do uso desses bens durante os Jogos Olímpicos, sob a responsabilidade do Comitê Rio 2016.

5.40. Assim, é imprescindível a adoção pela autarquia de providências imediatas no sentido de realizar levantamento dos custos incorridos e a incorrer, com vícios de construção e com danos nas arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos do Rio 2016, haja vista ser ela a gestora atual da quase totalidade desse patrimônio.

5.41. Do mesmo modo, em caso de prejuízos ao erário decorrentes de eventual abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016, a AGLO, atual administradora desse patrimônio e substituta processual da APO, também tem atribuição para buscar o ressarcimento dos danos, juntamente com a Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro, integrante da relação jurídica com o Comitê durante os Jogos Olímpicos.

5.42. Nesse ponto cabe apenas pequena correção, haja vista que, do Complexo da Barra da Tijuca, a Arena 3 está sob a gestão da Prefeitura municipal do Rio de Janeiro. Diante disso, seria dificultoso à AGLO levantar custos com vícios de construção e com danos ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos, até mesmo no que tange ao acesso às instalações, pois, nesse caso, a entidade não ocupa a posição de consolidadora de informação, mas sim executante. Assim, faz-se necessário restringir o item 9.2.2 aos equipamentos geridos pela autarquia.

5.43. Essa mudança está em sintonia com o Acórdão 393/2018 – Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, no qual a questão também foi objeto de grande preocupação do Tribunal, culminando em determinação aos atores envolvidos, no seguinte sentido:

9.2. determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI-TCU, que adotem as seguintes providências com vistas a dar cumprimento à busca de uma solução efetiva para o futuro dos complexos esportivos da Barra e de Deodoro, conforme disposto no item 9.5 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário:

9.2.2. ao Centro de Capacitação Física do Exército (CCFEX), à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) e à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro que apresentem, no prazo de 60 dias, em relação às arenas que atualmente estão sob sua gestão, o valor, especificado por arena e por itens, dos danos ocorridos durante a gestão dessas arenas pelo Comitê Organizador Rio 2016, ou seja, o valor dos danos que são de responsabilidade do referido comitê;

9.2.3. ao Centro de Capacitação Física do Exército (CCFEX), à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) e à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro que sejam cobradas administrativamente, e, se necessário, judicialmente, do Comitê Organizador Rio 2016 as correções devidas, nas arenas sob sua gestão, relativas a danos ocorridos enquanto essas arenas estavam à disposição desse Comitê, informando ao TCU as providências tomadas, no prazo de 60 dias;

5.44. Note-se que, no julgado mais recente, a Corte teve o cuidado de restringir a atuação executiva relativa aos danos ocorridos a cada um dos respectivos gestores das arenas. Nessa linha, a correção que se impõe na deliberação combatida, não trará impactos para as finalidades propostas

de garantir o regresso de eventuais prejuízos ao erário, havendo, inclusive, idêntica determinação destinada ao CCFEx e à Prefeitura do Município do Rio de Janeiro, tanto na deliberação recorrida, quanto no Acórdão 393/2018 – Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Nardes:

Acórdão 1.662/2017 – Plenário

9.3. determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (PMRJ) que:

(...)

9.3.3. adote providências junto às empreiteiras que construíram as arenas dos Complexos Olímpicos da Barra e de Deodoro, no sentido de acionar as garantias para restauração dos vícios de construção detectados pela AGLO e daqueles contidos em relatório técnico elaborado pelo Centro de Capacitação Física do Exército (peça 31, p. 14-90), encaminhando ao TCU, no prazo de 60 dias, o cronograma ajustado com as empreiteiras para a realização dos reparos necessários, nos termos do art. 927 do Código Civil de 2002.

9.4. determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, ao Comando do Exército Brasileiro que:

(...)

9.4.2. adote, em até 90 dias, providências no sentido de realizar levantamento dos custos incorridos e a incorrer com vícios de construção e com danos nas arenas olímpicas do Complexo de Deodoro ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos do Rio 2016, e ainda, com aqueles decorrentes de eventual abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016, caso ainda não tenha sido realizado, tomando, dentro desse mesmo prazo, providências, até mesmo judiciais, caso necessário, para buscar a reparação sobre possíveis prejuízos ao Erário, nos termos do art. 927 do Código Civil de 2002;

Acórdão 393/2018 – Plenário

9.2. determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI-TCU, que adotem as seguintes providências com vistas a dar cumprimento à busca de uma solução efetiva para o futuro dos complexos esportivos da Barra e de Deodoro, conforme disposto no item 9.5 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário:

9.2.1. à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro que, no prazo de 60 dias, apresente os seguintes documentos relativos às arenas cujas obras foram por ela contratadas com recursos federais: **as built**; habite-se; cobranças administrativas e, se necessário, judiciais quanto à correção de vícios de construção por parte das empreiteiras por ela contratadas; (Grifos no original)

5.45. Dessa forma, o Tribunal se mostra preocupado com a correção dos vícios de construção das obras das arenas olímpicas e com os danos ocorridos enquanto os equipamentos eram geridos pelo Comitê Rio 2016, impondo responsabilidade a cada um dos atuais gestores das instalações e à Prefeitura do Município do Rio de Janeiro, portanto, com atuação em todas as frentes.

5.46. Além disso, mesmo com a atuação incisiva desta Corte sobre o tema, a preocupação externada pela recorrente, quanto à inércia do Comitê Rio 2016 e da Prefeitura do Rio de Janeiro, o que levaria a autarquia a atuar em ações judiciais contra os envolvidos ou as empreiteiras, na condição de terceira interessada, já se concretizou no contexto das negociações do TAG (TC 015.072/2017-7), conforme relatado no Acórdão 393/2018 – Plenário:

IV.1- Primeira reunião de trabalho (TCU/Secex-RJ, em 2/6/2017)

(...)

26. Em resposta, de 20/6/2017, a AGLO informou que a proposta de cronograma só havia sido aprovada pelo Exército Brasileiro e pelo Ministério do Esporte, esclarecendo que permaneciam pendentes de posicionamento a Prefeitura do Município do Rio de Janeiro e o Comitê Organizador Rio 2016 (peça 9, p. 1-2). A autarquia acrescentou que havia falta de atuação proativa por parte desses entes.

(...)

IV.2- Terceira reunião de trabalho (AGLO/Velódromo, em 12/7/2017)

(...)

35. Preliminarmente, cabe registrar que o Comitê Rio 2016, apesar de convidado a participar (peça 14, p. 1-2), não se fez presente à reunião.

(...)

38. Outro ponto registrado na reunião, foi a impossibilidade de precisão nas datas de execução das ações, uma vez que a grande maioria das ações da fase inicial (Saneamento) caberia à Prefeitura e ao Comitê, entes que não participaram da elaboração do citado documento. Ademais, algumas ações afetas a esses entes



podem ter ficado de fora da citada matriz, em virtude de serem de conhecimento precípua da Prefeitura e do Comitê.

39. Assim, em decorrência falta de participação efetiva do Município do Rio de Janeiro e do Comitê Rio 2016, entendeu-se pela não realização da 4ª Reunião, que teria o objetivo de aprimorar a consolidação apresentada pela AGLO, uma vez que não seria possível avançar sem a participação dos entes retrocitados. (Grifos no original)

5.47. Esses dois entes claramente buscam se desvincular das discussões sobre o futuro do Legado olímpico. Esse contexto, por si, já justifica a manutenção das determinações contidas na deliberação recorrida, pois se avizinha a real impossibilidade de os entes federais não recuperarem efetivamente prejuízos de responsabilidade tanto do Comitê Rio 2016 quanto do Município do Rio de Janeiro, cabendo intervenção imediata da AGLO e da CCFEx sobre os responsáveis. A tempestividade determinará o grau de recuperação dos ativos e a redução dos danos ao erário.

5.48. Por conta do grave quadro de omissão desses agentes, inclusive, não se mostra razoável a ampliação do prazo requerida pela recorrente, mesmo porque a autarquia teve ciência da deliberação recorrida em 24/8/2017 (peça 91), tendo transcorrido, desde então, mais de 240 dias. Além disso, conforme relatado no voto condutor do Acórdão 383/2018 – Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, a AGLO já identificou grande parte dos possíveis vícios nas instalações por ela administradas, o que demonstra a evolução nos trabalhos:

30. Apesar disso, cabe ressaltar que a AGLO identificou diversos vícios construtivos nas arenas sob sua responsabilidade quando da transferência da posse do Comitê Rio-2016 para a União. Conforme consta da Nota Técnica nº 5/2017/AGLO/DEX/PR-AGLO/AGLO, de 6/12/2017:

3.4.1. A adequação de nossas arenas também tem recebido grande atenção do corpo gestor da AGLO. Como é de conhecimento desse tribunal, recebemos as instalações olímpicas em seu denominado "Modo Jogos", absorvendo com isto, a incumbência de adequá-las ao "Modo Legado". Além disso, outra circunstância também conhecida pelo TCU, diz respeito ao recebimento das áreas com inúmeros vícios construtivos, razão esta de grande imbróglio, cuja solução extrajudicial somente será possível com a presteza de todos os responsáveis.

3.4.2. Buscando de maneira célere e proativa o saneamento dos vícios de engenharia civil citados, em fevereiro de 2017, aproximadamente dois meses após a assinatura do Termo de Cessão 139/2016 pelo Ministério do Esporte, este enviou Laudo de Inspeção Predial (LIP) detalhado à Prefeitura do Município do Rio de Janeiro (PCRJ), informando a condição das arenas recebidas com enfoque nas "Não Conformidades - NCs", as quais diziam respeito a aproximadamente 1.500 itens. (Grifos no original)

5.49. É importante ressaltar que a AGLO poderá apresentar relatório constando apenas as medidas tomadas até então, de modo a demonstrar o esforço da entidade em resolver a questão com a maior celeridade possível, o que certamente será objeto de consideração sob o prisma da razoabilidade em processo de acompanhamento do julgado nesta Corte, caso as explicações sejam pertinentes.

5.50. Por outro lado, em relação à recomendação prevista no item 9.6 do acórdão recorrido, não está correta a interpretação da recorrente que sugere ter a Corte atribuído à AGLO a decisão política pela prorrogação da existência da autarquia, sua transformação em outra entidade ou eventual processo de centralização de suas competências no Ministério do Esporte. Essa atribuição é, de fato, do Poder Executivo Federal.

5.51. O Tribunal, entretanto, tendo em vista que AGLO é autarquia temporária, nascida já com data para extinção em 30/6/2019, recomenda à entidade prevenir-se para não ser extinta sem cumprir a missão para qual foi criada, no sentido de auxiliar na adoção de um modelo de gestão sustentável do Legado olímpico.

5.52. Não quis o Tribunal dar a essa autarquia a atribuição de influenciar esse processo, mas sim agir operacionalmente para, dentro do prazo para o qual foi criada, cumprir a contento as funções que lhe foram dadas pelo legislador ordinário.

5.53. Por fim, no que tange à possível fiscalização conjunta desta Corte com outros Tribunais de Contas sobre a recorrente, nota-se que acórdão se referia a fiscalizações do TCU sobre os respectivos

entes jurisdicionados. De todo modo, não há qualquer questionamento acerca da precedência desta Corte sobre os órgãos e entidades envolvidos com a gestão de instalações olímpicas financiadas com recursos federais, conclusão que importa no presente processo.

CONCLUSÃO

6. Das análises anteriores, conclui-se que a AGLO, conforme os dispositivos legais pertinentes, possui, ao menos, três competências amplas: consolidação de informações acerca do Legado olímpico; administração de equipamentos esportivos utilizados nos Jogos Rio 2016 a ela repassados e monitoramento da escolha e implementação do modelo de gestão desse patrimônio adotado pelos demais atores envolvidos.

6.1. Nesse sentido, a determinação de providências no sentido de realizar levantamento dos custos, com vícios de construção e com danos nas arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos do Rio 2016, e ainda, com aqueles decorrentes de eventual abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016, tomando providências até mesmo judiciais, envolve tarefas executivas do próprio gestor dos equipamentos esportivos.

6.2. Mostra-se dificultoso atribuir essa tarefa à AGLO em instalação que não está sob a administração dela, como é o caso da Arena 3 do complexo. Diante disso, faz-se necessário pequeno ajuste no item 9.2.2 do acórdão recorrido, de modo a restringir essa atuação apenas às arenas geridas pela autarquia. Os demais termos das deliberações direcionadas à entidade no acórdão combatido estão em consonância com as atribuições legais que lhe são aplicáveis.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7. Diante do exposto, com fundamento no artigo 48, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Gabinete do Relator, propondo:

a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para, em substituição à determinação contida no item 9.2.2 do acórdão recorrido, determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) que adote, em até 60 dias, providências no sentido de realizar levantamento dos custos incorridos e a incorrer, com vícios de construção e com danos nas arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca sob a gestão da autarquia, ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos do Rio 2016, e ainda, com aqueles decorrentes de eventual abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016, caso ainda não tenha sido realizado, tomando, dentro desse mesmo prazo, providências, até mesmo judiciais, caso necessário, para buscar a reparação sobre possíveis prejuízos ao Erário, nos termos do art. 927 do Código Civil de 2002;

comunicar à recorrente, ao Ministério do Esporte, à Casa Civil da Presidência da República, à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO), à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (PMRJ), ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) e ao Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM-Rio) e demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte”.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de pedido de reexame interposto pela Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) em desfavor do Acórdão 1.662/2017 – Plenário. Por meio dessa decisão, foram expedidas as seguintes determinações e recomendação à recorrente:

“9.2. determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) que:

9.2.1. encaminhe, em até 30 dias após o término de cada quadrimestre, até a sua extinção, na forma do art. 12 da MP 771/2017, relatório contendo, de forma consolidada, as ações e providências adotadas, com relação à manutenção, à conservação e à utilização provisória das arenas olímpicas,

consoante incisos I e III, do art. 1º da MP 771/2017, abordando necessariamente: a relação de contratos, convênios, acordos ou instrumentos congêneres, com seus objetos e valores, que forem executados pela referida autarquia temporária e pelos demais entes envolvidos na gestão do legado olímpico, devendo o primeiro relatório referir-se ao segundo quadrimestre de 2017;

9.2.2. adote, em até 60 dias, providências no sentido de realizar levantamento dos custos incorridos e a incorrer, com vícios de construção e com danos nas arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos do Rio 2016, e ainda, com aqueles decorrentes de eventual abandono precoce dessas instalações por parte do Comitê Rio 2016, caso ainda não tenha sido realizado, tomando, dentro desse mesmo prazo, providências, até mesmo judiciais, caso necessário, para buscar a reparação sobre possíveis prejuízos ao Erário, nos termos do art. 927 do Código Civil de 2002;

(...)

9.6. recomendar à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO), em função do caráter temporário de suas atividades e da previsão de sua extinção em 30/6/2019, identificados no parágrafo 5 da exposição de motivos da MP 771/2017 e no art. 12, caput, da citada medida provisória, que adote as providências que previnam a ocorrência de sua extinção sem a concretização das finalidades precípua de sua constituição, quais sejam: a adoção de um modelo de gestão sustentável de legado olímpico sob os aspectos econômico, social e ambiental e um plano de utilização das instalações olímpicas e paraolímpicas, ambas em longo prazo, previstas no art. 1º, incisos II e IV da MP 771/2017;”

2. A decisão recorrida é apenas mais uma tentativa deste Tribunal de obter um planejamento para a destinação (pós-eventos) a ser dada às arenas esportivas construídas para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio-2016. Ainda em 2013, esta Corte observou que, apesar da criação de estruturas administrativas para tratar do legado, dentre as quais podem ser citados o Comitê de Coordenação dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 (CGOlimpíadas), o Grupo Executivo dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 (GEOlimpíadas), o Grupo de Trabalho do Legado dos Jogos (GT Legado), o Grupo de Trabalho Legado Educacional Esportivo (GTLEE) e, principalmente, a Autoridade Pública Olímpica (APO), ainda não haviam sido iniciados os trabalhos para a elaboração de um plano de legado.

3. Entre 2013 e 2017, determinações foram endereçadas a diversos órgãos e entidades envolvidas, inclusive ao Ministério do Esporte, responsável pela coordenação das ações. Diante da demora na apresentação de um plano longo de utilização dos espaços, esta Corte também determinou ao Ministério do Esporte, à Casa Civil da Presidência da República e ao Município do Rio de Janeiro que apresentassem estudo de contingências para se evitar a deterioração das arenas esportivas.

4. O TCU chegou inclusive a realizar uma audiência pública com vistas a possibilitar a assinatura de um Termo de Ajustamento de Gestão, fazendo com que os entes envolvidos assumissem suas respectivas obrigações. Não houve sucesso na iniciativa. Em paralelo, considerando o descumprimento de determinações que exigiam a realização do plano de legado, aplicou-se multa, no valor individual de R\$ 29.134,53, ao ex-ministro do Esporte, sr. George Hilton dos Santos Cecílio, e ao ex-secretário executivo da pasta, sr. Ricardo Leyser Gonçalves. Recursos interpostos por esses responsáveis encontram-se pendentes de julgamento no TC 010.915/2015-0.

5. Não é demais lembrar que a natureza jurídica da Autoridade Pública Olímpica era de consórcio público formado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município de mesmo nome. Um dos objetivos dessa união de esforços consistiu basicamente no planejamento do uso do legado oriundo dos jogos, conforme cláusula quarta do Protocolo de Intenções ratificado pela Lei 12.396/2011. No âmbito da União, caberia ao Ministério do Esporte o planejamento do legado e à APO a elaboração do Plano de Uso do Legado.

6. Atualmente, a APO foi transformada por meio da Lei 13.474/2017 na Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO), dotada de personalidade jurídica de direito público,

natureza jurídica de autarquia federal, vinculada ao Ministério do Esporte. Por expressa previsão legal, a AGLO sucede a APO em todos os seus direitos e obrigações e é temporária, devendo ser extinta no dia 30 de junho de 2019 ou no momento em que forem tomadas as providências de longo prazo necessárias à destinação do legado olímpico, o que ocorrer primeiro.

7. Após essa transformação institucional, a responsabilidade dos diversos entes pode ser assim discriminada:

7.1. Autoridade de Governança do legado Olímpico (AGLO) herdou as Arenas 1 e 2, o Velódromo e o Centro Olímpico de Tênis, todos situados no Complexo Olímpico da Barra, para sua gestão própria. Antes, a utilização e a gestão de todo o Parque Olímpico da Barra seriam realizadas pelo setor privado, por meio de uma Parceria Público Privada com o município do Rio de Janeiro. Entretanto, como a licitação restou fracassada, foi assinado Termo de Cessão de Uso transferindo a posse dos bens especificados ao Ministério do Esporte;

7.2. Município do Rio de Janeiro assumiu a Arena 3, no Complexo Olímpico da Barra, e o Parque Radical, contendo Pista de BMX e Canoagem Slalom, localizado nos arredores do Complexo Olímpico de Deodoro. O ente local também está responsável por desmontar a Arena do Futuro e o Parque Aquático, ambos situados em área privada no Complexo Olímpico da Barra;

7.3. Ministério da Defesa, por intermédio do Centro de Capacitação Física do Exército (DECEX), tornou-se responsável pelo Complexo Olímpico de Deodoro (Centros de Tiro, Hipismo, Hóquei e Pentatlo Moderno, além da Arena da Juventude);

7.4. Estado do Rio de Janeiro herdou o complexo do Maracanã (estádio e ginásio do Maracanãzinho). Esse conjunto foi cedido ao setor privado, via contrato de concessão firmado com o Complexo Maracanã Entretenimento S/A, formado pelas empresas Odebrecht (95%) e AEG (5%). Há registros de demandas judiciais envolvendo a concessionária e o Comitê Rio-2016 por problemas de degradação das arenas.

8. Feito esse breve histórico, passo à análise das razões recursais.

9. A autarquia temporária pretende com o presente pedido de reexame rediscutir as duas determinações e a recomendação endereçadas a ela. Alega, em síntese, não ser sua atribuição: i) centralizar as obrigações de natureza política e administrativa de outros entes federados sobre o legado olímpico; ii) realizar levantamento de custos, identificando danos nas arenas olímpicas do complexo da Barra da Tijuca ocasionados pelo uso nos Jogos Olímpicos Rio 2016 ou pelo abandono precoce das instalações por parte do Comitê Rio 2016; e iii) decidir politicamente sobre a existência da autarquia, seu prazo de duração ou a forma jurídica de que se reveste. Adicionalmente, na hipótese de manutenção dos itens objeto da determinação, afirma ser insuficiente o prazo para cumprimento das ordens.

10. A Secretaria de Recursos analisou os argumentos apresentados e propôs, ao final, o provimento parcial do apelo para modificar a determinação contida no subitem 9.2.2. do Acórdão 1.662/2017 – Plenário. A nova redação do dispositivo prevê que a AGLO faça um levantamento dos custos corretivos nas arenas olímpicas do complexo da Barra da Tijuca, mas limitando-se aos espaços sob a gestão da autarquia recorrente. Esta é a diferença: enquanto a decisão recorrida prevê o mapeamento em todos os espaços, a Serur propõe que a avaliação se limite aos locais administrados pela recorrente.

11. Com as vênias de estilo, entendo que o recurso em apreço deva ter seu provimento negado, pelas razões que passo a declinar. Antecipo, porém, que nos demais pontos acolho a análise da unidade técnica, cujos fundamentos incorporo como razões de decidir, sem prejuízo das considerações que farei na sequência.

12. Ao mesmo tempo em que a lei de criação da autarquia (Lei 13.474/2017) dispõe que a AGLO sucede a APO em todos os direitos e obrigações, a norma estabelece também que essa sucessão não abrange os direitos e obrigações de outros entes da federação (art. 3º). Ou seja, as tarefas executivas de manutenção, de conservação e de utilização das arenas compete aos órgãos e entidades responsáveis pela administração do bem.

13. Todavia, isso não impede que a AGLO consolide as informações acerca sobre o tema, até porque compete a ela a divulgação das atualizações do plano de legado das instalações olímpicas, conforme disposto no art. 1º, VIII, da Lei 13.474/2017. Evidente que, se cabe a ela publicar as informações, independentemente de quem seja administrador dos bens (a lei não faz distinção), a entidade deve dispor dos dados. Dito de outro modo, essa tarefa de coordenação, em que pese querer se desincumbir dela, está prevista na lei de criação da autarquia.

14. Tal como apontado pela unidade técnica, as atribuições da AGLO relacionadas ao legado olímpico podem ser sintetizadas em três pilares básicos, a saber: consolidação das informações acerca da temática, administração das instalações esportivas cedidas à autarquia e acompanhamento do modelo de gestão adotado pelos demais atores envolvidos. Neste último ponto, deve a autarquia federal verificar se a administração descentralizada a cargo do Estado e do Município do Rio de Janeiro estão condizentes com as políticas estabelecidas pelo Ministério do Esporte.

15. Por essa razão, não vejo reparos a serem feitos na determinação que exigiu da AGLO a elaboração e o envio, a cada quatro meses, de um relatório contendo, de forma consolidada, as ações e as providências adotadas com relação à manutenção, à conservação e à utilização provisória das arenas olímpicas.

16. Em relação ao segundo item objeto do recurso, exigiu-se da recorrente a adoção de providências com vistas a realizar levantamento dos custos de reparação das arenas olímpicas do Complexo da Barra da Tijuca. Sobre este ponto, cabe rememorar que as Arenas 1 e 2, o Velódromo e o Centro Olímpico de Tênis, todas localizadas naquele bairro carioca, foram cedidos pelo Município do Rio de Janeiro ao Ministério do Esporte, razão pela qual a AGLO deverá buscar as medidas corretivas necessárias à revitalização dos bens sob sua administração.

17. Há porém outros bens alheios à administração da recorrente. Neste ponto específico, o TCU entendeu, em ao menos uma oportunidade (Acórdão 393/2018-Plenário), na linha do que fora defendido pela Secretaria de Recursos, que, de fato, não caberia à AGLO a adoção direta de medidas executivas, como o levantamento dos custos com as desconformidades. Defendeu-se que tal responsabilidade deveria ser descentralizada aos órgãos e entidades que administram atualmente os espaços. Veja, nesse sentido, trecho da parte dispositiva da mencionada decisão:

“9.2. determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI-TCU, que adotem as seguintes providências com vistas a dar cumprimento à busca de uma solução efetiva para o futuro dos complexos esportivos da Barra e de Deodoro, conforme disposto no item 9.5 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário:

9.2.1. à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro que, no prazo de 60 dias, apresente os seguintes documentos relativos às arenas cujas obras foram por ela contratadas com recursos federais: as built; habite-se; cobranças administrativas e, se necessário, judiciais quanto à correção de vícios de construção por parte das empreiteiras por ela contratadas;

9.2.2. ao Centro de Capacitação Física do Exército (CCFEX) , à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) e à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro que apresentem, no prazo de 60 dias, em relação às arenas que atualmente estão sob sua gestão, o valor, especificado por arena e por itens, dos danos ocorridos durante a gestão dessas arenas pelo Comitê Organizador Rio 2016, ou seja, o valor dos danos que são de responsabilidade do referido comitê;

9.2.3. ao Centro de Capacitação Física do Exército (CCFEX) , à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) e à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro que sejam cobradas administrativamente, e, se necessário, judicialmente, do Comitê Organizador Rio 2016 as correções devidas, nas arenas sob sua gestão, relativas a danos ocorridos enquanto essas arenas estavam à disposição desse Comitê, informando ao TCU as providências tomadas, no prazo de 60 dias;

9.2.4. à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO) que, no prazo de 30 dias, apresente a situação atual das negociações, bem como os elementos formais quanto à pactuação com BNDES e Secretaria da PPI de ações para a realização de estudos de viabilidade e, em seguida, para

a adoção de modelo de gestão sustentável para as arenas sob sua responsabilidade, conforme previsto em documento apresentado à peça 15;”

(Grifou-se)

18. A despeito disso, recentemente o Governo Federal publicou o Decreto 9.466/2018 (de 13/8/2018), que regulamenta a Lei 13.474/2017. Aquela norma infralegal, ao tratar da adequação dos bens e das instalações do legado olímpico (art. 4º), dispõe ser atribuição da recorrente a realização das medidas corretivas, quando constatar vícios construtivos ou quaisquer outras desconformidades.

19. A norma não faz qualquer distinção entre os bens sujeitos à administração da recorrente e aqueles fora de sua gestão. Por essa razão, entendo que o Tribunal deva negar provimento ao recurso, mantendo em seus exatos termos a determinação contida no subitem 9.2.2 da deliberação recorrida.

20. Passando ao terceiro ponto objeto do recurso, a recomendação visou tão somente que a AGLO adotasse providências para prevenir que a entidade não fosse extinta sem antes cumprir os propósitos de sua constituição (a adoção de um modelo de gestão sustentável de legado olímpico e de um plano de utilização das instalações olímpicas e paraolímpicas). Ao contrário do que fora aventado no pedido de reexame, não se está discutindo se a existência da autarquia deveria ser prorrogada, ou não, ou se deveria ser transformada em outra entidade.

21. Almejou-se com a medida o óbvio: alertar à entidade que sua data de extinção está próxima e que sua finalidade de criação ainda não foi atingida a contento. Portanto, mantenho a recomendação.

22. Por último, a ampliação do prazo para atendimento das determinações não pode ser deferida, pois, além de a recorrente estar próxima de ser extinta, o prazo é suficiente para que a autarquia cumpra suas obrigações de forma satisfatória. Ademais, há registros nos autos de que a entidade já teria evoluído nos trabalhos requisitados pelo TCU, a ponto de já ter identificado, por exemplo, grande parte dos vícios existentes nas instalações por ela administradas.

23. Ante o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2294/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 011.819/2017-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I Pedido de Reexame (Relatório de Monitoramento)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessado: Comitê Paraolímpico Brasileiro (00.700.114/0001-44)
 - 3.2. Recorrente: Autoridade de Governança do Legado Olímpico (27.702.127/0001-09).
4. Órgãos/Entidades: Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO); Ministério do Esporte (ME); Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (PMRJ) e Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 (Comitê Rio 2016).
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (SECEX-RJ).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedido de reexame interposto pela Autoridade de Governança do Legado Olímpico em desfavor do Acórdão 1.662/2017 – Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer do pedido de reexame interposto para, no mérito, negar-lhe provimento;



9.2. dar ciência desta deliberação ao Ministério do Esporte, à Casa Civil da Presidência da República, à Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO), à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (PMRJ), ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) e ao Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM-Rio).

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2294-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 021.533/2017-2

Natureza: Indisponibilidade de Bens

Órgão/Entidade: Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

Responsável: Luiz Sérgio Nogueira (566.485.378-68)

Representação legal: Elísio de Azevedo Freitas (18.596/OAB-DF) e outros, representando Luiz Sérgio Nogueira.

SUMÁRIO: INDISPONIBILIDADE DOS BENS. PROCESSO APARTADO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL CONSTITUÍDO EM VIRTUDE DOS INDÍCIOS DE SUPERFATURAMENTO APURADOS EM CONTRATOS DA FERROVIA NORTE-SUL NO ESTADO DE GOIÁS. OITIVA. MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução inserta à peça 48, a qual contou com a concordância do corpo diretivo da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura - SeinfraOpe (peças 49 e 50):

“I. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de processo de indisponibilidade de bens de Luiz Sérgio Nogueira, constituído em decorrência dos Acórdãos 1.601/2017-Plenário e 2.310/2017-Plenário, proferido, respectivamente, no TC 014.361/2015-9 e TC 014.364/2015-8. As constrações patrimoniais decorrem da solidariedade no débito entre os responsáveis pelo superfaturamento por preço em contratos de construção da Ferrovia Norte-Sul em Goiás e visam assegurar o efetivo ressarcimento dos valores apurados pelo TCU de modo a garantir resultado útil dos processos de tomada de contas especial (TCE).

2. Examina-se nos presentes autos a oitiva do responsável Luiz Sérgio Nogueira (peça 33 e 47) quanto a medida cautelar de indisponibilidade de bens não financeiros imposta no seu patrimônio com fundamento no §2º do art. 44 da Lei 8.443/1992 c/c art. 273 e 274 do Regimento Interno do TCU.

3. No mesmo expediente foi franqueado ao responsável indicar eventuais bens não suscetíveis ao alcance da medida cautelar, acompanhados das devidas justificativas.

II. HISTÓRICO

4. Luiz Sérgio Nogueira teve os bens declarados indisponíveis pelo subitem 9.1 do Acórdão 1.610/2017-Plenário. A decisão foi adotada em processo de tomada de contas especial constituída em

virtude de superfaturamento de R\$ 70,4 milhões no Contrato 58/2009, pactuado entre a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e a Constran S.A. Construções e Comércio, cujo objeto foi o remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO).

5. Em seguida o responsável interpôs agravo (peça 9) contra o subitem 9.1 do Acórdão 1.601/2017-Plenário. No entanto, o Tribunal rejeitou o recurso, consoante disposto no Acórdão 1.959/2017-Plenário.

6. Insurgindo-se contra decisão do TCU Luiz Sérgio Nogueira recorreu ao Supremo Tribunal Federal contra a indisponibilidade de bens declarada pelo TCU pelo já mencionado Acórdão 1.601/2017-Plenário, tendo a Ministra Rosa Weber negado liminar no Mandado de Segurança 35.404, impetrado pelo agravante contra a medida constritiva de bens (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365784> acesso em 5/9/2018).

7. O mesmo responsável teve os bens declarados indisponíveis novamente por força do subitem 9.1 do Acórdão 2.310/2017-Plenário. A decisão foi adotada em outro processo de tomada de contas especial. Desta vez foi identificado superfaturamento de R\$ 68,9 milhões no Contrato 13/2006, pactuado entre a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e a Constran S.A. Construções e Comércio, cujo objeto foi a construção do lote 4 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 108 km situado entre o Pátio de Santa Izabel (GO) e o Pátio de Uruaçu (GO).

8. De maneira similar, Luiz Sérgio Nogueira interpôs agravo (peça 38) em face do Acórdão 2.310/2017-Plenário, sendo também negado o provimento por meio do Acórdão 27/2018-Plenário (peça 39).

9. Em resposta à solicitação de informações do juízo da 7ª Vara de Família de Brasília, em sede de processo judicial de divórcio consensual autuado em 2017 sobre as constrições (gravame) nas matrículas dos imóveis expedidas pela Central Nacional de Indisponibilidade de Bens para fins de partilha de bens, foi informado ao juízo pelo Relator, no âmbito do TC 000.125/2018-0 (peça 5), que não pode haver transferência dos bens na forma requerida pelas partes sob o risco de frustrar o futuro ressarcimento ao erário decorrente de decisão de mérito do TCU. Além disso, também foram encaminhadas cópias das deliberações do Tribunal e o Despacho do Relator sobre a matéria elucidando a situação processual do responsável no TCU.

10. Por fim, resta pendente a análise de mérito quanto a oitiva do responsável no que se refere a medida cautelar de indisponibilidade de bens não financeiros e quanto à indicação de eventuais bens não suscetíveis ao alcance da medida cautelar nos seguintes termos do Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário:

9.2. considerar como termo inicial para contagem do prazo fixado no subitem anterior desta deliberação a data de averbação da medida cautelar nos respectivos órgãos de registro dos bens;

9.3. nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, conceder prazo de até quinze dias, sem efeito suspensivo, aos responsáveis arrolados acima para que se pronunciem, caso queiram, a respeito da adoção da medida cautelar referida no item 9.1, retro;

9.4. determinar à SeinfraOpe que informe aos responsáveis relacionados nos subitens 9.1. que, no âmbito da respectiva resposta à aludida oitiva, fica desde já franqueada a possibilidade de serem indicados os bens por eles considerados essenciais ao sustento das pessoas físicas e à manutenção das atividades operacionais da sociedade empresarial e portanto não suscetíveis ao alcance da medida cautelar, acompanhados das devidas justificativas;

9.5. determinar à Secretaria Extraordinária de Operações Especiais que constitua um processo apartado de “indisponibilidade de bens” específico para cada responsável;

11. O Acórdão 2.310/2017-TCU-Plenário alcançou o mesmo responsável e determinou nova oitiva com o mesmo teor. Desse modo passa-se a análise conjunta das oitivas apresentadas nas peças 33 e 47.

III. EXAME TÉCNICO

12. Em síntese a defesa de Luiz Sergio Nogueira alega que a decisão do TCU atinge terceiros e, portanto, a medida cautelar deveria ser revista, além disso a defesa informa que o responsável precisa

movimentar valores em conta corrente de natureza alimentar e, portanto, não suscetível de constrição. A seguir serão analisados os dois argumentos organizados por tópico.

III.1. Alegação de medida cautelar constritiva alcançar terceiros alheios ao processo de TCE

13. Conforme já foi mencionado, a defesa de Luiz Sergio Nogueira alega que a medida cautelar deveria ser revista pelo TCU por conta de atingir terceiros alheios ao processo, qual seja a esposa do responsável Marcia Luiza Diniz Nogueira. Alega que estaria separado de fato desde 2003 e estaria atualmente em processo de divórcio consensual, de modo que, por conta da constrição de bens imposta pelo TCU não se consegue realizar a partilha em juízo. Por fim, descreve de maneira sucinta uma relação de bens que seria de propriedade da sua esposa Márcia, sendo de sua propriedade apenas um imóvel rural em Anápolis:

Na partilha dos bens adquiridos na constância do casamento, o Responsável Luiz Sérgio Nogueira ficou com a totalidade dos direitos incidentes sobre a área rural situada em Anápolis na BR 153, Km 426, 6km à direita, Município de Anápolis-GO, Fazenda Alvorada.

O apartamento situado na Avenida Marechal Teodoro da Fonseca, nº 74, Apto. 75, Bairro Pitangueiras, Guarujá — SP; o apartamento situado SQS 212, Bloco G, Apto. 503, Asa Sul, Brasília-DF; a área rural em Ituverava, localizada na Fazenda Monjolinho, na margem esquerda do Rio do Carmo e na Estrada Municipal que liga Ituverava a Ribeirão Corrente; a sala comercial na entrequadras 713/913, Bloco B, Sala 427, Asa Sul, Brasília-DF e a sala comercial na entrequadras 713/913, Bloco B, Sala 428, Asa Sul, Brasília-DF, bem como o imóvel situado na SQS 208, Bloco J, Apto. 505, Asa Sul, Brasília-DF ficaram com a Sra. Márcia Luiza Diniz Nogueira.

14. Por fim, alega que a constrição nos bens imóveis ensejaria embargos de terceiro e apresenta julgado pleiteando a possibilidade recursal indicando que as normas do Código de Processo Civil se aplicam subsidiariamente ao processo administrativo no TCU.

Análise

15. Os argumentos da defesa de Luiz Sergio não podem prosperar, pois a medida cautelar de indisponibilidade alcançou o patrimônio da pessoa física objeto da citação em sede de tomada de contas especial. Se os bens da pessoa física possuem comunicação total com o seu cônjuge decorrente do regime de bens do casamento não há como segregar esse patrimônio no interesse das partes em sede divorcio consensual pleiteado em juízo sob pena de frustrar o futuro ressarcimento aos cofres públicos.

16. Convém destacar a efetividade da indisponibilidade de bens não financeiros por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB) por força de Acórdão do TCU. O cadastro alcança bens imóveis, barcos, aeronaves, etc. Ocorre um verdadeiro rastreamento dos bens do responsável em todo o território nacional evitando a dilapidação do patrimônio, constituindo-se importante ferramenta na restituição de valores ao Erário (<https://www.indisponibilidade.org.br/institucional>).

17. Apesar de o CNIB não informar a relação de bens do que foi objeto de bloqueio, especificamente para o caso em tela verificou-se o gravame nas matrículas dos imóveis do responsável que foram encaminhados pelo juízo da 7ª Vara de Família de Brasília (peça 1 do TC 000.125/2018-0) para fins de consulta ao TCU. Depreende-se da análise desses documentos que foram realizados os respectivos registros por imóvel, ou seja, para cada matrícula foi registrado um gravame por ordem (Acórdão do TCU).

18. Com isso, o pleito de divórcio consensual que tramita na 7ª Vara de Família de Brasília só confirma que subsiste o perigo na demora de modo que se torna imperioso e urgente a manutenção da medida cautelar de constrição de bens do responsável, uma vez que está sendo requerida a partilha de bens do casal no processo judicial 0737313-41.2017.8.07.0016 (TC 000.125/2018-0). A análise das citadas matrículas com gravame de indisponibilidade só confirma que a constrição de bens alcançou apenas o responsável cujo CPF é objeto de processos de tomada de contas especial no TCU, e que não alcançou terceiros alheios a relação processual.

19. Ao TCU não cabe se imiscuir nas relações jurídicas privadas e muito menos naquelas relações de família que tramitam em segredo de justiça de modo que se conclui que a medida cautelar

alcançou apenas os bens cuja titularidade estava registrada em nome de Luiz Sergio Nogueira. Ademais, não existe previsão legal e regimental para embargos de terceiro no TCU.

III.2. Pedido para que a indisponibilidade de bens não alcance bens financeiros

20. Informa o defendente que Luiz Sergio Nogueira recebe aposentadoria em conta corrente do Banco Bradesco e, portanto, esses valores possuiriam natureza alimentar não suscetíveis de constrição. Termina informando que o responsável precisará movimentar valores para sua manutenção enquanto perdurar a medida cautelar do TCU.

Análise

21. A decretação cautelar de bens pelo Plenário do TCU não alcança bens financeiros exatamente para harmonizar com o disposto no art. 833, inciso IV do Código de Processo Civil. O TCU atento as suas responsabilidades constitucionais assegurou esse modelo de decretação cautelar indisponibilidade explicitado no voto condutor do Acórdão 1.601/2017-TCU Plenário:

57. A proposta de deliberação do Ministro Weder se sagrou vencedora, porém, com um ajuste sugerido pela Declaração de Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, in verbis:

“Não vislumbro compatibilidade entre o mecanismo de urgência – medida acautelatória de indisponibilidade de bens – e a oitiva prévia dos interessados. A meu ver, trata-se da mesma incompatibilidade que haveria entre a realização de oitiva prévia e a decretação de prisão preventiva.

A medida cautelar prevista no artigo 274, do RITCU, visa a garantir o ressarcimento dos danos em apuração, ante a possibilidade de ocultação dos bens dos responsáveis, prejudicando a efetividade do processo de Tomada de Contas Especial. Nesse sentido, a realização de oitiva prévia dos responsáveis, quanto à possibilidade de o Tribunal adotar essa medida, vai de encontro aos seus próprios objetivos, podendo torná-la inócua.

Como bem destacado no voto revisor do Ministro-Substituto Weder de Oliveira, o Tribunal decreta, cautelarmente, a indisponibilidade de bens e, adicionalmente, abre prazo aos responsáveis para, querendo, se manifestarem sobre a medida, bem como para indicarem os bens por eles considerados essenciais à manutenção das atividades operacionais da sociedade empresarial ou ao sustento das pessoas físicas e, portanto, não suscetíveis ao alcance da medida cautelar”.

58. Em vista do exposto, tratando-se de matéria que vem sendo debatida amplamente pelo Tribunal de Contas da União, em perfeita sintonia com esses precedentes recentes do Tribunal no sentido de se buscar garantias para o ressarcimento do débito, proponho adotar redação análoga ao disposto no Acórdão 1.083/2017-Plenário, que apreciou o caso mencionado acima.

22. Nesse sentido o subitem 9.1 do Acórdão 2.310/2017-TCU-Plenário assegurou esse cuidado na constrição de bens:

9.1. decretar cautelarmente, com fundamento no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 273 e 274 do Regimento Interno deste Tribunal, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis a seguir relacionados, devendo esta medida alcançar os bens considerados necessários, para garantir o integral ressarcimento do débito em apuração imputado a cada responsável, nos valores atualizados indicados na tabela a seguir, **ressalvados os bens financeiros necessários ao sustento das pessoas físicas** (grifou-se)

23. Depreende-se da documentação apresentada pelo responsável na peça 33, p.5-6 que o responsável procurou comprovar que recebe recursos provenientes de aposentadoria e que o objeto da medida cautelar não deve alcançar sua conta corrente. Além disso, o extrato bancário não demonstra nenhuma constrição causada por decisão do TCU o que só confirma que as medidas cautelares decorrentes do Plenário do TCU (1.601/201 e 2310/2017) não alcançam a movimentação financeira de Luiz Sergio Nogueira.

24. Deste modo, resta atendido o pleito do responsável, sendo ressaltada sua conta corrente for força do próprio modelo de decretação de indisponibilidade que vem sendo adotado pelo TCU.

IV. CONCLUSÃO

25. Os argumentos apresentados por Luiz Sergio Nogueira em sua manifestação não foram acolhidos, de forma que a proposta de encaminhamento é no sentido de se manter a medida cautelar.

26. Subsiste e incrementa o perigo na demora o fato de estar sendo requerida em juízo a partilha de bens do responsável, o que torna imperioso e urgente a manutenção da medida cautelar de constrição de bens.



27. O presente processo possui natureza acessória e temporária acautelando os bens do até o trânsito em julgado dos processos principais TC 014.364/2015-8 e TC 014.361-2015-9. Desse modo, sob a ótica processualística faz-se necessário esclarecer que o processo de indisponibilidade é incidental e dependente do desfecho dos processos principais.

28. Por fim, ressalte-se que a constrição de bens realizada por ordem do TCU não afeta atributos de propriedade ligados ao gozo, uso e fruição do bem, mas tão-somente disposição, ou seja, pode afetar a alienação de um bem imóvel, por exemplo, mesmo assim provisoriamente até que o processo principal de tomada de contas especial transite em julgado.

V. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

29. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a. manter a medida cautelar de indisponibilidade de bens do responsável neste processo, nos termos do subitem 9.1 do Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário e subitem 9.1 do Acórdão 2.310/2017-TCU-Plenário;

b. dar ciência do Acórdão que o Tribunal vier adotar ao responsável e ao juízo da 7ª Vara de Família de Brasília;

c. retornar os autos à SeinfraOperações para acompanhamento do processo e tomada das providências cabíveis, visando a medida cautelar de indisponibilidade de bens, tantos quanto forem suficientes, para garantir o ressarcimento do erário.”

É o Relatório.

VOTO

Em exame processo constituído para a adoção das ações processuais cabíveis para identificar e viabilizar a indisponibilidade de bens do Sr. Luiz Sérgio Nogueira, em virtude das medidas constritivas decretadas pelos Acórdãos Plenários 1.601/2017 e 2.310/2017, prolatados no âmbito de processos de tomada de contas especial em que se apuram indícios de superfaturamento nos Contratos 58/2009 e 13/2006, firmados entre a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec) e a empresa Constran S.A. - Construções e Comércio, cujos objetos englobaram, respectivamente, a execução dos serviços remanescentes da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), e a construção do lote 4 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 108 km compreendido entre o Pátio de Santa Izabel (GO) e o Pátio de Uruaçu (GO).

2. Na presente etapa processual, a Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe) analisou as manifestações apresentadas pelo responsável em resposta às oitivas determinadas pelos referidos julgados, o qual concederam prazo para que os responsáveis citados se manifestassem, caso quisessem, sobre as medidas cautelares.

3. O Contrato 13/2006 é oriundo do Edital de Concorrência 8/2004, cujo objeto era a execução das obras de sete lotes da Ferrovia Norte Sul em Goiás, sendo um deles o lote 4, objeto do Acórdão 2.310/2017-Plenário. A empresa Constran S.A. - Construções e Comércio sagrou-se vencedora deste trecho, celebrando o ajuste em 15/9/2006 pelo valor de R\$ 245.513.767,25, que foi rescindido antes de seu término.

4. Por sua vez, o Contrato 58/2009 foi firmado em 24/12/2009 por R\$ 116.426.598,81, a preços de novembro/2004. Depois da celebração de cinco termos de aditamento contratual, o valor acordado foi elevado para R\$ 145.528.873,21 (a preços iniciais), dos quais R\$ 143.511.780,20 foram efetivamente liquidados e pagos, em 26 medições, representando um percentual de execução financeira de 98,61%. Observo que essa avença foi celebrada com fulcro no art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993, com a segunda colocada na Concorrência 8/2004, nas mesmas condições de preço do licitante

vencedor, visto que o Contrato 15/2006, celebrado com a Construtora Camargo Corrêa S.A., tinha o mesmo objeto e fora rescindido pela Valec.

5. No âmbito do TC 014.361/2015-9, tomada de contas especial (TCE) na qual foi decretada a indisponibilidade de bens do Sr. Luiz Sérgio Nogueira e de outros responsáveis, a SeinfraOpe apurou o superfaturamento no Contrato 58/2009 em montante atualizado (até maio/2017), incluindo juros de mora, no valor de R\$ 70.481.690,31, ao passo, que na TCE relativa ao Contrato 13/2006 (TC 014.364/2015-9), foi quantificado um débito atualizado de R\$ 68.919.169,49 (valor referenciado em 8/8/2017, considerando a incidência de juros de mora).

6. Insta salientar que o Sr. Luiz Sérgio Nogueira foi citado pelos débitos na condição de representante da empresa contratada, por suposta participação nos atos de corrupção e de conluio na licitação e na assinatura dos já mencionados contratos.

7. As manifestações apresentadas pelo responsável arguíram em síntese que:

a) a medida cautelar atingiu bens de terceiro alheio ao processo, no caso sua ex-esposa, da qual estaria atualmente em processo de divórcio consensual, embora o responsável registre estar separado de fato desde 2003;

b) assim, os gravames impostos pelas decisões do TCU impediriam que se promovesse a partilha de bens em juízo; e

c) recebe aposentadoria em conta corrente do Banco Bradesco e, portanto, esses valores possuíam natureza alimentar não suscetíveis de constrição.

8. A SeinfraOpe analisou tal manifestação de forma minuciosa, concluindo pelo não acolhimento dos argumentos apresentados pelo responsável, de forma que deveria ser mantida a medida cautelar de indisponibilidade de bens.

9. Acolho integralmente o exame da unidade técnica adotando-o como razões de decidir, sem o prejuízo de realizar algumas considerações adicionais.

10. Com efeito, após o exame da unidade instrutiva, o Acórdão 2.240/2018-Plenário apreciou o mérito da tomada de contas especial relativa ao Contrato 58/2009, confirmando a ocorrência de superfaturamento com valor atualizado superior a R\$ 70 milhões, bem como a responsabilização solidária do manifestante pelo débito.

11. Além disso, o referido **decisum** aplicou ao Sr. Luiz Sérgio Nogueira multa de R\$ 5 milhões, bem como o inabilitou para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública pelo período de oito anos.

12. Considerando a materialidade do débito, foi solicitado à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, as providências necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, nos termos do art. 61 da Lei 8.443/1992, situação que recomenda a manutenção da cautelar de indisponibilidade de bens até que a AGU consiga adotar as medidas processuais cabíveis.

13. É relevante também observar que o Sr. Luiz Sérgio Nogueira não logrou êxito ao recorrer no Supremo Tribunal Federal contra a indisponibilidade de bens declarada pelo TCU, visto que a Exm^a. Ministra Rosa Weber negou liminar no Mandado de Segurança (MS) 35404, impetrado pelo responsável contra a medida constritiva adotada pelo já mencionado Acórdão 1.601/2017-Plenário.

14. Quanto ao pedido de liberação de bens formulado para realização da partilha com a ex-exposa do manifestante, verifico que o regime de casamento do Sr. Luís Sérgio Nogueira é o de comunhão de bens, anteriormente à Lei 6.515/1977 (peça 1, fl. 4, do TC 000.125/2018-0). Assim, neste regime todo patrimônio do casal pertence igualmente a ambos os cônjuges, importando na comunicação de todos os bens do casal, motivo pelo qual entendo que tal pedido deve ser indeferido, encaminhando-se cópia da presente decisão ao d. juízo da 7ª Vara de Família de Brasília do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no âmbito do qual corre o processo de divórcio.

15. Por fim, resta observar que as medidas constritivas determinadas pelo TCU não atingiram os bens financeiros do responsável, em particular da conta bancária em que supostamente movimenta os recursos de natureza alimentar.



16. Portanto, deve ser mantida a medida cautelar de indisponibilidade de bens do Sr. Luiz Sérgio Nogueira.

Diante do exposto, voto por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2295/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 021.533/2017-2.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Acompanhamento (Indisponibilidade de Bens)
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Responsável: Luiz Sérgio Nogueira (566.485.378-68).
 4. Órgão/Entidade: Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.
 5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
 6. Representante do Ministério Público: não atuou.
 7. Unidade Técnica: Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe).
 8. Representação legal:
 - 8.1. Elísio de Azevedo Freitas (18.596/OAB-DF) e outros, representando Luiz Sérgio Nogueira.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos apartados para acompanhamento das medidas processuais cabíveis para efetivar a indisponibilidade de bens do Sr. Luiz Sérgio Nogueira (566.485.378-68), decretada pelos Acórdãos 1.601/2017-Plenário e 2.310/2017-Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. com fundamento no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 274 do RI/TCU, manter a medida cautelar de indisponibilidade de bens do responsável, dando-lhe ciência desta decisão;
- 9.2. encaminhar cópia desta decisão, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao juízo da 7ª Vara de Família de Brasília do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios;
- 9.3. retornar os autos à SeinfraOperações para a adoção das providências cabíveis.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2295-38/18-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.
 - 13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.4. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 030.251/2013-3.

Natureza: Recursos de reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Órgãos/Entidades: Caixa Econômica Federal; Ministério do Desenvolvimento Agrário.

Recorrentes: Altemir Antônio Tortelli (CPF 402.036.700-00); Fetraf-Sul/Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul (CNPJ 05.684.806/0001-60).



Representação legal: Maria Loiva de Andrade – OAB/SC 8.264; Claudismar Zupiroli – OAB/DF 12.250; Maria Abadia Alves – OAB/DF 13.363.

SUMÁRIO: RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONHECIMENTO. DOCUMENTOS E ARGUMENTOS INAPTOS À REFORMA DO ACÓRDÃO COMBATIDO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Reproduzo a seguir, a título de relatório, a instrução de mérito produzida no âmbito da Secretaria de Recursos – Serur (peça 101), que contou o aval do corpo diretivo da unidade (peças 102 e 103) e também com o endosso do Ministério Público junto ao TCU (peça 104):

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Altemir Antônio Tortelli e Fetraf-Sul/Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul (peça 86) contra o Acórdão 2903/2017-Plenário (peça 79), da relatoria do ministro José Múcio Monteiro.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “c”, 19, 23, inciso III, 28, inciso II, 57 e 60 da Lei 8.443/92, c/c os arts. 209, 210 e 214, inciso III, alínea “a”, 267 e 270 do Regimento Interno, em:

9.1 julgar irregulares as contas da Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul e de Altemir Antônio Tortelli, e condená-los, em solidariedade, ao pagamento da quantia a seguir especificada, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir da data discriminada até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores já ressarcidos:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA OCORRÊNCIA	DA
502.510,00 (débito)	6/2/2006	
8.495,09 (crédito)	25/11/2008	
1.081,45 (crédito)	12/11/2012	

9.2. aplicar à Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul e a Altemir Antônio Tortelli, individualmente, multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.4. considerar graves as infrações cometidas por Altemir Antônio Tortelli;

9.5. declarar Altemir Antônio Tortelli inabilitado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, pelo período de cinco anos;

9.6. remeter cópia deste acórdão:

9.6.1 à Procuradoria da República no Estado de Santa Catarina, para as medidas que entender cabíveis;

9.6.2 ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União para a adoção das medidas necessárias à inabilitação prevista no item 9.5 deste acórdão.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Caixa Econômica Federal em desfavor da Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul (Fetraf/Sul) e de seus ex-coordenadores Altemir Antônio Tortelli e Celso Ricardo Ludwig, em razão da não aprovação da prestação de contas relativa aos recursos transferidos por meio do Contrato de Repasse 187.280-25/2005, celebrado com o Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), cujo objeto era a “construção e desenvolvimento de uma proposta alternativa de educação integral, especialmente destinada aos agricultores familiares da região sul do Brasil”.



2.1. De 2003 a 2007, a Fetraf/Sul celebrou 10 convênios e 7 contratos de repasse com diversos órgãos da administração pública federal, 13 dos quais com o Ministério do Desenvolvimento Agrário. Em todos eles foram identificadas irregularidades graves, dentre as quais se destacam utilização de grande parte dos recursos por meio de autopagamentos, ausência de licitação, falta de indicação do número do ajuste nos documentos comprobatórios de despesas, incoerência entre datas de pagamentos e de recibos assinados por capacitandos e indicativos de montagem de listas de presença para eventos objetos dos ajustes, havendo casos inclusive de desvio de finalidade.

2.2. As irregularidades cometidas nos ajustes mencionados se repetem em todos os processos, e estão configuradas de forma a não permitir o estabelecimento do necessário nexo de causalidade entre as despesas efetuadas e os recursos repassados.

2.3. A entidade foi alvo de busca e apreensão de documentos por parte da Polícia Federal, que ao analisar os documentos identificou as seguintes irregularidades:

- a) movimentação dos recursos do ajuste fora da conta específica destinada para esse fim;
- b) autopagamentos, por meio de cheques nominativos à própria entidade para justificar pagamentos de diárias e transportes para capacitandos, sendo que não raras vezes os cheques eram emitidos dias ou semanas após o fim das atividades educacionais;
- c) autopagamentos a título de ressarcimento pelo pagamento de salários e outros encargos trabalhistas de funcionários da entidade que trabalharam no ajuste;
- d) autopagamentos para ressarcimento de despesas diversas cujas notas fiscais e bilhetes de passagens não possuem referência ao contrato de repasse tampouco aos beneficiários dos serviços e cujo montante difere do valor total das notas fiscais e passagens apresentadas;
- e) autopagamentos relacionados com recibos assinados por terceira pessoa que não a beneficiária;
- f) pagamento de diárias e transporte a capacitandos da mesma cidade do curso;
- g) incoerência no valor das diárias;
- h) assinantes de recibos de diária que não constam da lista de presença da respectiva atividade e vice-versa;
- i) recibos sem assinaturas;
- j) pagamentos de assessoria técnica a sindicatos e associações vinculadas à Fetraf/Sul e relacionados a recibos genéricos, sem discriminação e detalhamento do serviço prestado;
- k) pagamentos desvinculados a recibos ou notas fiscais;
- l) recibos sem identificação do número do convênio;
- m) valores dos recibos inferiores ao do pagamento;
- n) pagamento de salários e encargos sociais de funcionários da entidade com recursos do contrato de repasse;
- o) realização de despesas não relacionadas no plano de trabalho, como contratação de consultoria jurídica, por exemplo;
- p) inexistência de licitação;
- q) não comprovação da aplicação da contrapartida;
- r) falta de demonstração dos rendimentos auferidos pela aplicação financeira; e
- s) indicativos de montagem de listas de presença, como assinaturas em duplicidade, assinaturas de dirigentes, empregados e pessoas ligadas à Fetraf/Sul e listas assinadas pela mesma pessoa para comprovar presença em atividades realizadas na mesma data e em municípios distintos.

2.4. Diante disso, a Polícia Federal concluiu que “nenhum pagamento foi considerado regular”.

2.5. No âmbito deste Tribunal, após regular citação, os recorrentes apresentaram alegações de defesa, que foram rejeitadas, redundando na decisão recorrida.

ADMISSIBILIDADE

3. O exame preliminar de admissibilidade à peça 96 – acolhido pelo Relator *ad quem* em despacho à peça 98 – concluiu por conhecer do recurso, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5 da decisão recorrida.

MÉRITO

4. Constitui objeto do recurso examinar as seguintes questões:

- a) se houve prescrição do débito ou da multa (item 5);
- b) se é o caso de se considerar as contas iliquidáveis (item 6);
- c) se resta comprovado o cumprimento pelo menos parcial do objeto do convênio (item 7);



d) se houve ofensa ao princípio da razoabilidade no valor da multa aplicada e na inabilitação do responsável por cinco anos para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal (item 8).

5. Prescrição

5.1. Os recorrentes alegam ocorrência de prescrição, aduzindo que:

a) o contrato vigorou de 27/12/2005 a 30/06/2008, sendo que os recursos foram geridos até março de 2007; (peça 86, p. 5)

b) em 2007 houve a apreensão pela Polícia Federal de toda a documentação desse contrato e de outros ajustes firmados pela entidade, o que inviabilizou, seja pela dificuldade de acesso ao acervo documental, seja em função do extravio de documentos que ações da espécie provocam, qualquer tipo de prestação de contas no mencionado contrato firmado com o Poder Público; (peça 86, p. 5)

c) apenas em 14/6/2016 os recorrentes foram efetivamente citados por este Tribunal para justificarem a ausência de prestação de contas, sendo que o próprio Tribunal já havia reconhecido as dificuldades, a partir da mesma ação levada a termo pela Caixa Econômica Federal nesse sentido (cobrança da prestação de contas); (peça 86, p. 5)

d) transcorreram efetivamente mais de nove anos entre o fim das obrigações decorrentes do contrato firmado e a citação para apresentação de contas; (peça 86, p. 5)

e) conquanto não tenha ocorrido a prescrição decenal, a aplicação deste entendimento está em desacordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cujo acórdão paradigma decorre da análise de uma decisão desse TCU em tomada de contas especial; (peça 86, p. 5)

f) além disso, a matéria encontra-se suspensa, uma vez que nos autos do RE 636.886/AL, que aguarda julgamento no STF, a Corte Suprema reconheceu a repercussão geral da matéria e se pronunciará sobre a prescrição relativa às ações de ressarcimento ao erário; (peça 86, p. 5-6)

g) pela decisão que reconheceu a repercussão geral, suspendeu-se a tramitação de todos os processos em todo o país que tratam do tema (“Para efeito do § 5º do art. 1.035 do CPC, determino a suspensão do processamento de todas as demandas pendentes em tramitação no território nacional, mas exclusivamente aquelas em que esteia em debate a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de Tribunal de Contas”), de maneira que, a rigor, o presente processo deveria estar suspenso, aguardando a decisão do STF; (peça 86, p. 6)

h) o TCU deve rever sua posição para adaptá-la ao entendimento que vem sendo firmado pelos tribunais pátrios, sobretudo pelo STJ, competente para se pronunciar sobre a legalidade, no sentido de que a prescrição nestes casos é quinquenal e não decenal; (peça 86, p. 6)

i) o entendimento do TCU vem sendo rechaçado pelo STJ e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que afirmam a ocorrência da prescrição quinquenal na hipótese de tomada de contas especial (aplicação de penas); (peça 86, p. 6)

j) o ajuste aqui analisado iniciou-se em 2005, vigorou até março de 2007, e somente em junho de 2016 houve a citação dos recorrentes, o que faz incidir, na espécie, a prescrição quinquenal, na perspectiva do que vem afirmando o STJ; (peça 86, p. 6)

k) passados mais de 9 anos entre os fatos e a citação efetivada pelo Tribunal, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e, a depender do STF, da pretensão de ressarcimento, deve ser reconhecida, afastando, desde logo, a condenação de devolução dos valores ao erário e a pena de multa aplicada, principalmente em função do comprometimento do direito de defesa dos recorrentes, diante do tempo decorrido; (peça 86, p. 6-7)

l) o STJ entende que a prescrição é quinquenal (REsp 1.480.350); (peça 86, p. 7-9)

m) no mesmo sentido é a posição do TRF-1ª Região (Agravo de Instrumento n. 0054144-94.2016.4.01.000/DF e Agravo de Instrumento n. 0046928.82.2016.4.01.000/DF); (peça 86, p. 9-12)

n) assim, requer-se a reforma do julgado para adaptar a jurisprudência do TCU ao que vem decidindo o Poder Judiciário e assim reconhecer a prescrição; (peça 86, p. 12)

o) caso contrário, que os autos sejam suspensos para aguardar decisão do STF no RE 636.886/AL; (peça 86, p. 12-13)

p) trata-se de medida de economia processual e plenamente compatível com o princípio da duração razoável do processo administrativo, na medida em que evitará que os recorrentes acionem o Poder Judiciário para ver reconhecer um direito assente nas Cortes Superiores e ora contraditado na seara administrativa. (peça 86, p. 13)

Análise



5.2. No tocante à ocorrência de prescrição no presente processo, consta no voto condutor da decisão recorrida (voto, peça 80, p. 3-4):

14. Com efeito, é entendimento pacífico nesta Corte que o mero transcurso do tempo não é, por si só, motivo suficiente para concluir pela ocorrência de prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa. A IN 71/2012 fixa o prazo de 10 anos, após os fatos, para a instauração da TCE. Ocorre que esse prazo não é de observância obrigatória. Eventuais obstáculos ao exercício da ampla defesa devem ser aferidos no caso concreto. Destaco que, em 2011 (peça 1, pp. 286-290), a Fetrat/Sul foi notificada pela Caixa, razão pela qual não há que se falar em qualquer prejuízo à ampla defesa e ao contraditório em razão do mero decurso do prazo: a uma, porque há bastante tempo os envolvidos estão cientes da discussão acerca da regularidade dos procedimentos; ademais, a restrição de acesso à documentação apreendida pela Polícia Federal não pode ser alegada, pois o acervo documental havia sido encaminhado à Justiça Federal, onde poderia ser obtido pelos responsáveis.

15. Quanto à prescrição, está pacificada nesta Corte a imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra agentes causadores de danos ao erário (Súmula TCU 282).

16. Em relação à pretensão punitiva por este Tribunal de Contas, mediante o Acórdão 1.441/2016 – Plenário, que tratou de incidente de uniformização de jurisprudência, firmou-se ser aplicável o prazo geral de dez anos estabelecido no art. 205 do Código Civil, havendo interrupção da contagem com a determinação para a citação pelo TCU. No caso em exame, a gestão dos recursos ocorreu de jul/2006 a março/2007, enquanto o despacho que autorizou a citação dos responsáveis é de 14/6/2016 (peça 45), antes, portanto, do transcurso dos dez anos.

5.3. Portanto, quanto ao débito imputado aos recorrentes, observa-se que a jurisprudência deste Tribunal é firme e pacífica, sendo inclusive objeto da Súmula n. 282: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

5.4. E quanto à multa, não houve o transcurso do decênio previsto no Código Civil, não havendo óbice à apenação sob esse aspecto.

5.5. Quanto ao RE 636.886, tem-se que “a suspensão pelo STF das demandas nas quais esteja em questão a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas (RE 636.886/STF) alcança tão somente a fase judicial de cobrança do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo em trâmite. Até julgamento definitivo em contrário pelo STF, permanecem imprescritíveis as pretensões de ressarcimento decorrentes de tomadas de contas especiais” (Acórdão 8486/2017-2ª Câmara, relator: Augusto Nardes).

5.6. Quanto ao REsp (RE 1.480.350/RS), possui o julgado a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL. ARTS. 31 E 57 DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESE DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. OCORRÊNCIA.

(...)

4. As “ações de ressarcimento” são imprescritíveis, conforme dispõe expressamente o texto constitucional, o que tem sido observado e reiterado nos julgamentos desta Corte, seja em sede de ação de improbidade com pedido de ressarcimento, seja em ação com o fim exclusivo de ressarcir o erário. No entanto, os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir ressarcimento perante o Poder Judiciário. Ao contrário, tratam da imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação e, conseqüentemente, em imprescritibilidade.

5. Eventual desvio de verbas ou qualquer outra ilegalidade que importe prejuízo ao erário poderá ser objeto de ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, a qualquer tempo, eis que imprescritível, hipótese em que o ônus da prova do efetivo prejuízo e da responsabilidade do seu causador incumbe a quem pleiteia o ressarcimento.

6. Na tomada de contas especial, diversamente, o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, que se torna o responsável pelo débito e multa por mera presunção de prejuízo ao



erário se ausente ou falha a prestação de contas. Nessas circunstâncias, a atuação administrativa deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar os responsáveis pela aplicação de repasses de verbas federais a provarem, eles, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.

7. Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para julgar procedente o pedido inicial, desconstituindo a decisão do Tribunal de Contas da União no processo de tomada de contas especial do Convênio 5013/96, ressaltando-se a via judicial para o pleito de eventual ressarcimento.

5.7. A decisão do STJ distingue a tomada de contas especial das ações de ressarcimento ao erário referidas no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, sob o entendimento de que o primeiro não constitui ação de ressarcimento, mas trata da “imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação e, conseqüentemente, em imprescritibilidade”.

5.8. Tendo afastado a imprescritibilidade do âmbito de incidência da tomada de contas especial, o STJ depara-se com a questão do prazo prescricional aplicável, em relação à qual entende que, “em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99”.

5.9. Ressalte-se inicialmente que a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que “não existe litispendência entre processo do TCU e outro versando sobre idêntica matéria no âmbito do Poder Judiciário. À luz do princípio da independência das instâncias, o TCU exerce sua jurisdição independentemente das demais, gozando de competências próprias, estatuídas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica” (Acórdão 680/2015-Plenário). Assim, “não constitui impedimento à atuação do TCU a eventual existência de processo judicial, haja vista a independência das instâncias e a competência exclusiva do Tribunal para verificação de recursos federais. Somente a sentença proferida em juízo penal, negando a inexistência dos fatos ou afastando a sua autoria, tem o condão de repercutir no processo de competência do TCU” (Acórdão 1229/2010-2ª Câmara).

5.10. No mérito, observa-se que a decisão da 1ª Turma do STJ fundamentou-se na aplicação analógica do Decreto 20.910/1932 e da Lei 9.873/1999.

5.11. Entretanto, no âmbito dos debates que precederam o Acórdão-TCU n. 1441/2016-Plenário, este Tribunal assentou a improcedência da aplicação da analogia ao caso vertente; primeiro, pelo fato de o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal sujeitar a reserva legal o estabelecimento de prazo prescricional aplicável às ações de ressarcimento ao erário (“A lei estabelecerá os prazos de prescrição...”); segundo, por não haver lacuna legislativa, porquanto o artigo 205 do Código Civil estabelece expressamente que “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

5.12. Sob este entendimento, por meio da mencionada decisão, este Tribunal assentou que “a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil”.

5.13. Além disso, a aplicação do Decreto 20.910/1932 e da Lei 9.873/1999 aos processos de controle externo já foi afastada em diversos julgados do TCU:

- O prazo quinquenal de prescrição estabelecido no Decreto 20.910/1932, cuja incidência vise a proteção do erário estadual em prejuízo do federal, afronta os princípios da igualdade e da autonomia dos entes da Federação. No que se refere às ações de ressarcimento à União relativas a débitos de outros entes federativos, prevalece a norma do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. (Acórdão 13193/2016-Segunda Câmara, Relatora: Ministra Ana Arraes)

- Não se aplica a prescrição intercorrente estabelecida na Lei 9.873/1999 à atividade de controle externo exercida pelo TCU, uma vez que difere da atividade de polícia administrativa desempenhada pelo Estado. (Acórdão 12475/2016-Segunda Câmara, Relator: Ministro Marcos Bemquerer)

- As disposições do art. 206 (prazos de prescrição), § 5º, da Lei 10.406/2002 (Código Civil) e da Lei 9.873/1999 (prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal) não são aplicáveis



ao processo de controle externo desenvolvido pelo TCU. (Acórdão 3242/2015-Primeira Câmara, Relator: Ministro Benjamin Zymler)

– Não se aplicam aos processos de controle externo os prazos prescricionais previstos em normas que regulam a ação punitiva movida pela Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia (Lei 9.873/1999), ou que disciplinam a cobrança de dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, (Decreto 20.910/1932). Com relação a cobrança de débito, são imprescritíveis as ações de ressarcimento em favor do erário. (Acórdão 825/2014-Segunda Câmara, Relator: Ministro José Jorge)

– As regras de prescrição da Lei 9.873/1999 não se aplicam ao exercício do poder punitivo por parte do TCU, por não ser norma regente da atividade de controle externo. (Acórdão 5865/2013-Primeira Câmara, Relator: Ministro Walton Rodrigues)

– A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia. (Acórdão 1683/2013-Plenário, Relator: Ministro Walton Rodrigues)

– Ante a inexistência de normativo específico acerca da prescrição da pretensão punitiva do TCU, aplicam-se aos processos de controle externo as regras gerais do Código Civil, e não as da Lei 9.873/1999 e do Decreto 20.910/1932. No caso de atos irregulares praticados à luz do Código Civil de 1916, aplica-se a regra intertemporal do art. 2.028 do Código Civil de 2002. (Acórdão 828/2013-Plenário, Relator: Ministro Benjamin Zymler)

– Não são dirigidos às atividades de controle externo, exercidas por esta Corte, os dispositivos próprios da Lei 9.873/1999, porquanto estão a cuidar, especificamente, de prazos prescricionais de ações punitivas da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, não se aplicando, portanto, aos processos no âmbito desta Casa, decorrentes do exercício do controle externo. (Acórdão 709/2008-Plenário, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar)

– A prescrição quinquenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão. (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara, Relator: Ministro Marcos Bemquerer)

5.14. Assim, conclui-se que o entendimento do STJ, no sentido de aplicar analogicamente o Decreto 20.910/1932 e a Lei 9.873/1999 aos processos de controle externo confrontam o entendimento firme e pacífico deste Tribunal, não apenas no tocante à inaplicabilidade de tais normas ao controle externo, como também à ausência de lacuna normativa, uma vez que se aplica ao caso vertente o prazo prescricional de dez anos previsto na norma geral do artigo 205 do Código Civil.

5.15. Aos invocados julgados do TRF-1 aplica-se o mesmo entendimento, porquanto fundados no julgado do STJ referido acima.

5.16. Ante o exposto, deve-se rejeitar a alegação.

6. Iliquidação das contas – arquivamento do feito

6.1. Os recorrentes alegam que as contas devem ser consideradas ilíquidáveis, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei 8.443/1992. Nesse sentido, aduzem que:

a) a partir da apreensão do acervo documental em 2007 (condições alheias à vontade dos Recorrentes) as possibilidades de prestação de contas na dimensão e qualidade divisadas pela Corte foram drasticamente reduzidas e, em função do tempo decorrido, praticamente inviabilizadas e, a duas, o montante do débito apurado em valores de agosto de 2017 já estava em R\$ 1.677.818,49 (um milhão, seiscentos e setenta e sete mil, oitocentos e dezoito reais e quarenta e nove centavos), o que significa a total impossibilidade de seu adimplemento, seja pela pessoa jurídica (diante da realidade já conhecida pelo Tribunal), seja pela pessoa física do recorrente; (peça 86, p. 13)

b) os recorrentes não têm condições de buscar, diante do decurso de vários anos, informações e provas acerca das acusações que lhes são imputadas, o que compromete de forma irremediável o exercício do devido processo legal; (peça 86, p. 14)

c) o TCU tem considerado as contas ilíquidáveis e ordenado seu trancamento e o consequente arquivamento dos autos, quando o exercício da ampla defesa fica comprometido, em razão do longo decurso de prazo entre a prática do ato e a instauração da respectiva tomada de contas especial (acórdãos 839/2007-2ª Câmara, relator: Guilherme Palmeira; 1.694/2007-1ª Câmara, relator: Valmir Campelo); (peça 86, p. 15)



d) o TCU tem considerado que o longo interregno desde o fato gerador da tomada de contas especial e a notificação do responsável configura a ausência de um dos pressupostos básicos do regular desenvolvimento do processo; (peça 86, p. 15)

e) este Tribunal autorizou o arquivamento dos processos de tomada de contas especial que estivessem nesta situação, dando-se ciência ao órgão instaurador e ao responsável (Acórdão 2.647/2007-Plenário, relator: Ubiratan Aguiar); (peça 86, p. 15)

f) o TCU tem posicionamento firme no que se refere a processos de TCE ou prestação de contas tramitando sem ouvir o responsável pelo prazo decorrido no lapso temporal de muitos anos, como ocorre, em grande medida, na presente realidade; (peça 86, p. 15)

g) em situação em tudo semelhante à realidade dos presentes autos, a Corte voltou a reafirmar que o comprometimento da ampla defesa leva à declaração de iliquidação das contas (Acórdão 3308/2016-2ª Câmara, relator: Raimundo Carreiro); (peça 86, p. 15-20)

h) no mesmo sentido: Acórdão 1.560/2014-2ª Câmara; (peça 86, p. 20-22)

Análise

6.2. Não há que se falar em contas iliquidáveis nos termos do artigo 20 da Lei 8.443/1992 (“As contas serão consideradas iliquidáveis quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento de mérito a que se refere o art. 16 desta lei”). Primeiro, por não restar evidenciado caso fortuito ou força maior alheio à vontade do responsável, porquanto a busca e apreensão de documentos que supostamente teriam inviabilizado a prestação de contas se deu em razão de irregularidades atribuídas aos recorrentes. Segundo, porque não há impossibilidade material de julgamento de mérito, como o demonstra as alegações de defesa e vasta documentação encaminhadas pelos recorrentes em resposta à citação deste Tribunal (peças 57-73). Terceiro, pelo fato de a Caixa ter concedido prazo de trinta dias para prestação de contas final em 3/5/2007 (peça 1, p. 6); e a apreensão de documentos pela Polícia Federal ter ocorrido apenas em 8/11/2007 (peça 1, p. 254); do que se conclui ter havido tempo suficiente para o encaminhamento da prestação de contas por parte dos ora recorrentes. Quarto, porque, em razão disso, não cabe ao ora recorrente alegar impossibilidade de prestar contas ou mesmo prescrição, sob pena de violação ao princípio geral de direito segundo o qual a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza.

6.3. Em vista das considerações acima, também não procede a alegação de longo decurso de prazo entre os fatos e a notificação do recorrente, porquanto os recorrentes foram notificados pela Caixa para prestar contas ainda em maio/2007 (peça 1, p. 6), e notificados no âmbito da tomada de contas especial em 2011 (peça 1, p. 286),

6.4. Ademais, conforme destacado no voto condutor da decisão recorrida (peça 80, p. 3):

14. Com efeito, é entendimento pacífico nesta Corte que o mero transcurso do tempo não é, por si só, motivo suficiente para concluir pela ocorrência de prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa. A IN 71/2012 fixa o prazo de 10 anos, após os fatos, para a instauração da TCE. Ocorre que esse prazo não é de observância obrigatória. Eventuais obstáculos ao exercício da ampla defesa devem ser aferidos no caso concreto. Destaco que, em 2011 (peça 1, pp. 286-290), a Fetrat/Sul foi notificada pela Caixa, razão pela qual não há que se falar em qualquer prejuízo à ampla defesa e ao contraditório em razão do mero decurso do prazo: a uma, porque há bastante tempo os envolvidos estão cientes da discussão acerca da regularidade dos procedimentos; ademais, a restrição de acesso à documentação apreendida pela Polícia Federal não pode ser alegada, pois o acervo documental havia sido encaminhado à Justiça Federal, onde poderia ser obtido pelos responsáveis.

6.5. Ante o exposto, deve-se rejeitar a alegação.

7. Cumprimento parcial do objeto – teoria do adimplemento substancial

7.1. Os recorrentes alegam que houve o cumprimento pelo menos parcial do objeto do convênio, o que afastaria a condenação à devolução integral dos recursos. Nesse sentido, aduzem que:

a) os documentos apresentados comprovam que, ainda que parcialmente, o objeto foi cumprido; (peça 86, p. 23)

b) não obstante tenha havido muitos equívocos formais na execução do contrato, não é razoável concluir, diante da evidência documental que os valores do contrato de repasse foram integralmente desviados pelos recorrentes, sem qualquer aplicação no objeto contratado; (peça 86, p. 23)

c) houve cumprimento parcial em algumas metas e substancial em outras metas, o que afasta, à luz da razoabilidade, a condenação de devolução total dos valores repassados à primeira recorrente; (peça 86, p. 23)



d) em algumas metas houve o adimplemento substancial do objeto, sendo que em outras, esse cumprimento foi apenas parcial; (peça 86, p. 24)

e) tendo os recorrentes demonstrado documentalmente o cumprimento de parte do objeto, deve-se aplicar ao presente caso a “teoria do adimplemento substancial”, de modo que não se mostra razoável a cobrança da totalidade dos valores repassados à entidade recorrente; (peça 86, p. 24)

f) os próprios recorrentes informam que cumpriram substancialmente algumas metas e que deixaram de atender outros pontos do objeto do contrato de repasse; e a partir dessa realidade, segundo os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade e presente a teoria do adimplemento substancial, a responsabilidade financeira deve-se dar apenas pelas diferenças não cumpridas, e não pela totalidade da dívida; (peça 86, p. 24)

g) a manutenção do acórdão recorrido significa afirmar que a totalidade dos recursos repassados aos recorrentes foram desviados para finalidades estranhas ao objeto pactuado, conclusão que não se compatibiliza com a realidade do ajuste e com a documentação carreada aos autos pelos recorrentes; (peça 86, p. 24)

h) os diversos achados destacados por este Tribunal (auto pagamentos, recibos emitidos pela própria conveniente, entre outros) significam apenas que houve imprudência e irregularidades formais na execução do contrato, não sendo possível concluir que a totalidade dos recursos foram desviados para outras finalidades contrárias ao interesse público; (peça 86, p. 24)

i) a devolução integral dos recursos pode gerar enriquecimento ilícito da Administração. (peça 86, p. 25-28)

Análise

7.2. Inicialmente, faz-se necessário delinear o contexto em que está inserido o presente processo. Conforme registrado no voto condutor da decisão recorrida (peça 80, p. 1-3):

8. A unidade técnica levantou que, de 2003 a 2007, a Fetraf/Sul celebrou 10 convênios e 7 contratos de repasse com diversos órgãos da administração pública federal, 13 dos quais com o Ministério do Desenvolvimento Agrário. Durante o inquérito instaurado por provocação do Ministério Público Federal, destinado a investigar suspeita de desvio de verbas públicas, a documentação dos ajustes foi apreendida pela Polícia Federal, que encontrou irregularidades em todos. Daí ter encaminhado ao TCU cópia dos relatórios sobre cada um, gerando o TC 021.092/2010-9. Por oportuno, e pela precisão das informações, transcrevo trecho da instrução da Secex/SC:

“101. Da leitura dos relatórios, verifica-se que foram identificadas irregularidades graves em todos os dezessete ajustes executados pela Fetraf/Sul, dentre as quais se destacam a utilização de grande parte dos recursos por meio de autopagamentos, a ausência de licitação, a falta de indicação do número do ajuste nos documentos comprobatórios de despesas, a incoerência entre datas de pagamentos e de recibos assinados por capacitandos e indicativos de montagem de listas de presença para eventos objetos dos ajustes. Houve, inclusive, casos de desvio de finalidade.

102. Atualmente, encontra-se em andamento neste Tribunal, além deste, sete processos de tomadas de contas especiais sobre ajustes da Fetraf/Sul: TCs 030.663/2015-6, 013.367/2015-3, 014.416/2015-8, 001.965/2015-8, 014.633/2015-9, 006.072/2013-5 e 035.129/2011-5. O primeiro processo encontra-se em fase de instrução após apresentação de alegações de defesa pelos responsáveis. O último processo teve julgamento inicial pela regularidade com ressalvas das contas. Todavia, o Ministério Público junto ao TCU impetrou recurso de revisão.

103. O recurso de revisão foi recebido e o processo aguarda nova apreciação deste Tribunal com proposta, pela Secretaria de Recursos, de julgamento pela irregularidade das contas e imputação de débito aos responsáveis. Os demais processos já tiveram primeiro julgamento pela irregularidade das contas e débito aos responsáveis e encontram-se em análise dos recursos apresentados.

104. Outros dois processos já tiveram suas decisões transitadas em julgado responsabilizando a Fetraf/Sul e o Sr. Altemir Tortelli: TC 007.428/2009-9 e 008.209/20154. No âmbito do primeiro processo, por meio do Acórdão 1.164/2017-TCU-Plenário, Ministro Relator Augusto Sherman, este Tribunal, além de aplicar multa aos responsáveis, declarou o Sr. Altemir Antônio Tortelli inabilitado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal pelo período de cinco anos.

105. A mesma medida foi proferida no Acórdão 1.342/2017-TCU-Plenário, Ministro Relator Augusto Sherman, o qual ainda não transitou em julgado. Nesta mesma decisão, os ministros deste Tribunal também solicitaram à Advocacia-Geral da União, por intermédio do MPTCU, a adoção de medidas para o arresto dos bens dos responsáveis.

106. Nada obstante a necessidade de garantir a ampla defesa nos processos do Tribunal, existindo a possibilidade de os responsáveis afastarem as irregularidades que lhes são imputadas no âmbito desta Corte de Contas em cada caso específico, a informação de utilização irregular de recursos públicos de forma generalizada pesa contra eles, pois indica a falta de zelo no trato dos recursos públicos.

107. Ademais, irregularidades como a falta de indicação do número do convênio ou contrato de repasse nos comprovantes de despesas tomam maior relevo ao se considerar dezessete ajustes executados pela mesma entidade. Isso porque o mesmo comprovante de despesa pode ser utilizado na prestação de contas de mais de um ajuste que tiveram períodos de execução concomitantes.”

9. As irregularidades cometidas nos ajustes mencionados se repetem, com algumas variações, em todos os processos, e estão configuradas de forma a não permitir o estabelecimento do necessário nexo de causalidade entre as despesas efetuadas e os recursos repassados.

10. Passo a destacar as conclusões da Polícia Federal (peça 43) acerca do material apreendido na sede da Fetraf/Sul, sintetizadas da seguinte maneira pela unidade técnica:

- a) movimentação dos recursos do ajuste fora da conta específica destinada para esse fim;
- b) autopagamentos, por meio de cheques nominativos à própria entidade para justificar pagamentos de diárias e transportes para capacitandos, sendo que não raras vezes os cheques eram emitidos dias ou semanas após o fim das atividades educacionais;
- c) autopagamentos a título de ressarcimento pelo pagamento de salários e outros encargos trabalhistas de funcionários da entidade que trabalharam no ajuste;
- d) autopagamentos para ressarcimento de despesas diversas cujas notas fiscais e bilhetes de passagens não possuem referência ao contrato de repasse tampouco aos beneficiários dos serviços e cujo montante difere do valor total das notas fiscais e passagens apresentadas;
- e) autopagamentos relacionados com recibos assinados por terceira pessoa que não a beneficiária;
- f) pagamento de diárias e transporte a capacitandos da mesma cidade do curso;
- g) incoerência no valor das diárias;
- h) assinantes de recibos de diária que não constam da lista de presença da respectiva atividade e vice-versa;
- i) recibos sem assinaturas;
- j) pagamentos de assessoria técnica a sindicatos e associações vinculadas à Fetraf/Sul e relacionados a recibos genéricos, sem discriminação e detalhamento do serviço prestado;
- k) pagamentos desvinculados a recibos ou notas fiscais;
- l) recibos sem identificação do número do convênio;
- m) valores dos recibos inferiores ao do pagamento;
- n) pagamento de salários e encargos sociais de funcionários da entidade com recursos do contrato de repasse;
- o) realização de despesas não relacionadas no plano de trabalho, como contratação de consultoria jurídica, por exemplo;
- p) inexistência de licitação;
- q) não comprovação da aplicação da contrapartida;
- r) falta de demonstração dos rendimentos auferidos pela aplicação financeira; e
- s) indicativos de montagem de listas de presença, como assinaturas em duplicidade, assinaturas de dirigentes, empregados e pessoas ligadas à Fetraf/Sul e listas assinadas pela mesma pessoa para comprovar presença em atividades realizadas na mesma data e em municípios distintos.

11. Na conclusão do relatório, o delegado responsável assinala que “nenhum pagamento foi considerado regular” (peça 43, p. 39).

7.3. Dentro desse contexto, consta no voto condutor da decisão que “compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos” e que para isso “não basta a mera apresentação de documentos”, mas se “deve comprovar o nexo de causalidade entre os recursos aplicados e as despesas realizadas” (peça 80, p. 4).

7.4. Quanto ao mérito, consta ainda no voto condutor da decisão que “a transferência da quase totalidade dos recursos da conta específica para conta vinculada à entidade, além de violar o art. 20 da IN 1/97 e cláusula do contrato de repasse, dificulta, se não impede, o estabelecimento do requerido nexo”, além do quê, “grande parte das despesas foi efetuada por meio de autopagamentos, com a emissão de comprovantes pela própria Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul”, sendo que, “dos R\$ 502.510,00 transferidos, R\$ 216.553,29 (43,1%) foram destinados a pagamentos à própria instituição”, sendo que



“ocorrência idêntica foi constatada em outros convênios celebrados pela Fetraf/Sul com a União”. Além disso, “em boa parte dos comprovantes de despesas não há menção ao número do contrato de repasse” e “em outros, registra-se apenas tratar-se do projeto ‘Terra Solidária’, financiado por mais de um ajuste”, ajustes que “têm objetos genéricos e bastante similares, facilitando a possível fraude apontada pela Secex/SC” (peça 80, p. 4).

7.5. No tocante à aplicação da teoria do adimplemento substancial, tem-se que a comprovação mesmo parcial da devida utilização dos recursos é ônus que compete aos recorrentes, e a simples apresentação de planilha com percentuais de execução do objeto, sem a correspondência a documentos comprobatórios, não é suficiente para tal comprovação, sequer de forma parcial.

7.6. Além disso, ao contrário do alegado, embora não se possa afirmar que tenha havido desvio de recursos, a ausência de devida comprovação das despesas e a consequente ausência de nexos causal entre tais despesas e os recursos transferidos, aliado ao fato de que foram firmados diversos ajustes entre a entidade e o Poder Público, não se pode ter certeza de quais recursos foram utilizados em que ações ou se os recursos transferidos foram de fato utilizados nas ações para as quais foram destinadas. No caso vertente, não há elementos que permitam afirmar que as ações supostamente realizadas o teriam sido com recursos do convênio. Sem tal comprovação não é possível ter por regular a utilização dos recursos.

7.7. Ante o exposto, deve-se rejeitar a alegação.

8. Ofensa ao princípio da razoabilidade no valor da multa aplicada e na inabilitação do responsável

8.1. Os recorrentes alegam ofensa ao princípio da razoabilidade na aplicação da multa e na inabilitação do recorrente. Nesse sentido, aduzem que:

a) não houve má-fé ou dolo dos recorrentes no atendimento das determinações estatais ou no cumprimento das obrigações do contrato; nesse sentido, o valor da multa aplicada não se pautou por um juízo de ponderação e razoabilidade; (peça 86, p. 28)

b) em situações da espécie, quando se tem meras irregularidades formais, este Tribunal, quando rejeita as justificativas iniciais ou recursais, aplica multas em patamares mínimos, nunca superiores a R\$ 2.000,00; (peça 86, p. 28)

c) a multa aplicada para cada recorrente, no valor de R\$ 50 mil, viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, hoje de larga aplicação na administração pública e nas decisões administrativas; (peça 86, p. 28)

d) a pena de multa deve ser totalmente revista, de modo que se mantida, seja próximo dos patamares acima apontados (R\$ 2.000,00); (peça 86, p. 30)

e) mostra-se desproporcional a pena de inabilitação para o exercício de função pública do segundo recorrente, na medida em que a deficiência na prestação de contas decorreu de circunstâncias extraordinárias (apreensão de documentos pela Polícia Federal), sobre as quais não tinha o recorrente qualquer controle; (peça 86, p. 30)

f) foi a própria Administração Pública que contribuiu para que o desfecho desse contrato de repasse não chegasse a bom termo, de modo que não há como caracterizar, a partir dessa realidade, a má-fé ou o dolo do Recorrente, capaz de justificar, como fez o acórdão recorrido, a punição extrema; (peça 86, p. 30)

Análise

8.2. Quanto à inabilitação por cinco anos de Altemir Antônio Tortelli para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, o artigo 60 da Lei 8.443/1992 dispõe que se este Tribunal, “por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública”. No caso vertente, o relator *a quo* expressamente considerou graves as infrações cometidas (peça 80, p. 7, item 26), resultando daí a inabilitação.

8.3. No tocante ao valor da multa, o Regimento Interno/TCU estabelece:

Art. 267. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário, conforme estabelecido no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992. (g.n.)

8.4. O débito imputado ao responsável, atualizado monetariamente até 12/12/2017 (data de prolação do acórdão recorrido), alcançava R\$ 948.701,44; de modo que o valor da multa, fixado em R\$ 50.000,00, corresponde a 5,27% do valor atualizado do débito; encontrando-se, portanto, próximo ao patamar mínimo estabelecido pelo artigo 267 do Regimento Interno/TCU.



8.5. Considerando que a dosimetria leva em conta o valor atualizado do débito, não faz sentido a comparação com o valor da multa aplicação em outras decisões deste Tribunal.

8.6. Tampouco a aplicação de multa condiciona-se à existência de dolo ou má-fé por parte dos responsáveis, mas apenas à existência de débito.

8.7. Ante o exposto, deve-se rejeitar a alegação.

CONCLUSÃO

9. Da análise, conclui-se que:

a) o débito é imprescritível, a teor da Súmula-TCU 282; e quanto à multa, não houve o transcurso do decênio previsto no artigo 205 do Código Civil (item 5);

b) não há que se falar em contas ilíquidas, por não ser possível subsumir o caso vertente ao disposto nos artigos 20 e 21 da Lei 8.443/1992 (item 6);

c) comprovar a devida utilização dos recursos é ônus dos gestores públicos e a simples apresentação de planilha com percentuais de execução do objeto, sem a correspondência a documentos comprobatórios, não é suficiente para tal comprovação (item 7);

d) o valor da multa corresponde a apenas 5,27% do valor atualizado do débito e a inabilitação do responsável decorreu da gravidade das infrações cometidas, de modo que não houve a alegada ofensa ao princípio da razoabilidade (item 8).

9.1. Ante essas conclusões, deve-se negar provimento ao recurso.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Ante o exposto, submete-se o assunto à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dar ciência da decisão ao recorrente e demais interessados.

É o relatório.

VOTO

Apreciam-se recursos de reconsideração apresentados pelo Sr. Altemir Antônio Tortelli e pela Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul (Fetraf/Sul) para contestar o Acórdão 2.903/2017-Plenário, decisão por meio da qual o Tribunal, entre outros, julgou irregulares as contas especiais dos recorrentes, condenou-os em débito solidário e aplicou-lhes multas individuais com base no art. 57 da Lei 8.443/1992.

2. Originalmente, a tomada de contas especial foi instaurada pela Caixa Econômica Federal em desfavor da Fetraf/Sul e de seus ex-coordenadores Altemir Antônio Tortelli e Celso Ricardo Ludwig, em razão da não aprovação da prestação de contas relativa aos recursos transferidos por meio do Contrato de Repasse 187.280-25/2005, celebrado com o então Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), cujo objeto era a “construção e desenvolvimento de uma proposta alternativa de educação integral, especialmente destinada aos agricultores familiares da região sul do Brasil”.

3. Conforme o histórico narrado nos autos, entre 2003 e 2007 a Fetraf/Sul celebrou dez convênios e sete contratos de repasse com diversos órgãos da Administração Pública Federal, treze dos quais com o MDA. Em todos eles, foram identificadas irregularidades graves, que redundaram na instauração e posterior encaminhamento de diversas TCEs ao Tribunal, e estão configuradas de forma que não permitem o estabelecimento do necessário nexo de causalidade entre as despesas efetuadas e os recursos federais repassados.

4. A Fetraf/Sul foi alvo de operação de busca e apreensão de documentos por parte da Polícia Federal, que, ao analisar os documentos, identificou, entre outras, as seguintes constatações: movimentação dos recursos do ajuste fora da conta específica; autopagamentos, por meio de cheques nominativos à própria entidade para justificar despesas de diárias e transportes para capacitandos, sendo que não raras vezes os cheques eram emitidos dias ou semanas após o fim das atividades educacionais; autopagamentos a título de ressarcimento pelo pagamento de salários e outros encargos trabalhistas de funcionários da entidade que trabalharam no ajuste; autopagamentos relacionados com



recibos assinados por terceira pessoa que não a beneficiária; pagamento de diárias e transporte a capacitandos da mesma cidade do curso; recibos sem assinaturas; inexistência de licitação; não comprovação da aplicação da contrapartida; indicativos de montagem de listas de presença.

5. No âmbito do TCU, após a regular citação dos responsáveis com relação às irregularidades ocorridas no Contrato de Repasse 187.280-25/2005, as alegações de defesa apresentadas foram rejeitadas, resultando na prolação do acórdão ora recorrido.

6. A Secretaria de Recursos deste Tribunal, ao examinar os expedientes de apelação dos responsáveis, concluiu que os argumentos carreados não são aptos a modificar o julgado e propõe, em pareceres uniformes (peças 101-103), a negativa de provimento aos recursos interpostos, posição com a qual o Ministério Público de Contas manifestou-se integralmente de acordo (peça 104).

7. Feito este breve relato, registro minha concordância com as conclusões da Serur, de sorte que incorporo as análises empreendidas pela unidade às minhas razões de decidir no presente processo.

8. Preenchidos os requisitos aplicáveis, devem os presentes recursos ser conhecidos, nos termos dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c art. 285 do RI/TCU.

9. Em suma, os arrazoados apresentados pelos recorrentes na presente fase recursal sustentam-se nas teses de que (i) houve prescrição do débito e das multas a que foram condenados; (ii) as contas devem ser consideradas iliquidáveis; (iii) restou comprovado o cumprimento do objeto do convênio, ainda que de forma parcial; e (iv) houve ofensa ao princípio da razoabilidade no valor das multas aplicadas e na inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança ao Sr. Altemir Antônio Tortelli pelo período de cinco anos.

10. No tocante às alegações de prescrição, tanto do débito quanto da multa, cabe destacar que o voto condutor da decisão ora contraditada não se furtou a analisar a questão:

15. Quanto à prescrição, está pacificada nesta Corte a imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra agentes causadores de danos ao erário (Súmula TCU 282).

16. Em relação à pretensão punitiva por este Tribunal de Contas, mediante o Acórdão 1.441/2016 – Plenário, que tratou de incidente de uniformização de jurisprudência, firmou-se ser aplicável o prazo geral de dez anos estabelecido no art. 205 do Código Civil, havendo interrupção da contagem com a determinação para a citação pelo TCU. No caso em exame, a gestão dos recursos ocorreu de jul/2006 a março/2007, enquanto o despacho que autorizou a citação dos responsáveis é de 14/6/2016 (peça 45), antes, portanto, do transcurso dos dez anos.

11. Repise-se que a jurisprudência desta Corte de Contas é firme no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes de danos ao erário.

12. A despeito de decisão liminar prolatada no âmbito do STF (RE 636.886, mencionado pelos recorrentes), a qual, reconhecendo repercussão geral, suspendeu o processamento das demandas judiciais pendentes em tramitação nas quais esteja em debate o pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de tribunal de contas, é cediço que a matéria ainda carece de apreciação de mérito pela Suprema Corte, e não há que se cogitar eventual repercussão na tramitação dos processos do TCU, de natureza administrativa.

13. Com relação ao precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.480.350) e julgados do Tribunal Regional Federal invocados pela defesa, segundo os quais se empregariam, por analogia, o Decreto 20.910/1932 e a Lei 9.873/1999 aos processos do TCU, há que se esclarecer que confrontam o entendimento firme e pacífico deste Tribunal, não apenas no tocante à inaplicabilidade de tais normas ao controle externo, como também à ausência de lacuna normativa, uma vez que se aplica ao caso vertente o prazo prescricional de dez anos previsto na norma geral do artigo 205 do Código Civil, tal qual exaustivamente discutido por ocasião do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

14. No mesmo sentido, afasta-se a pretensão da defesa de considerar iliquidáveis as presentes contas, nos termos do art. 20 da Lei Orgânica do Tribunal, porquanto não resta evidenciada a ocorrência de caso fortuito ou força maior alheia à vontade do responsável, já que os procedimentos de busca e apreensão de documentos que supostamente teriam inviabilizado a prestação de contas se

deram em razão de irregularidades atribuídas aos próprios recorrentes. Ainda não há impossibilidade material de julgamento de mérito, como demonstram as alegações de defesa e vasta documentação encaminhadas pelos recorrentes em resposta à citação deste Tribunal. Por fim, observa-se que a Caixa concedeu prazo de trinta dias para prestação de contas final em 3/5/2007 (peça 1, p. 6), ao passo que a apreensão de documentos pela Polícia Federal ocorreu apenas em 8/11/2007 (peça 1, p. 254).

15. Com relação à linha argumentativa de que houve o cumprimento ao menos parcial do objeto do convênio, o que afastaria a condenação à devolução integral dos recursos, ainda que se mostrasse plausível a realização de parte das metas acordadas, há que se destacar a gravidade das irregularidades ensejadoras da tomada de contas especial, que não permitem a comprovação do devido nexo de causalidade entre os recursos aplicados e as despesas realizadas.

16. Consoante o voto que sustenta a decisão ora combatida,

(...) grande parte das despesas foi efetuada por meio de autopagamentos, com a emissão de comprovantes pela própria Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul. O relatório da Polícia Federal (peça 43, p. 39) menciona que, dos R\$ 502.510,00 transferidos, R\$ 216.553,29 (43,1%) foram destinados a pagamentos à própria instituição. Ocorrência idêntica foi constatada em outros convênios celebrados pela Fetraf/Sul com a União.

17. Ainda, restou comprovado que em boa parte dos comprovantes de despesa não há menção ao contrato de repasse e em outros registra-se apenas que se referem ao projeto “Terra Solidária”, financiado por mais de um ajuste, os quais, frise-se, têm objetos genéricos e bastante similares.

18. No tocante à aplicação da teoria do adimplemento substancial, a comprovação, mesmo parcial, da utilização dos recursos é ônus que compete aos recorrentes, e a simples apresentação de planilha com percentuais de execução do objeto, sem a correspondência em documentos comprobatórios, não é suficiente para tal estabelecer o imprescindível nexo causal entre os recursos recebidos e aplicados.

19. Quanto à insatisfação pela declaração de inabilitação do Sr. Altemir Antônio Tortelli para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, nos termos do art. 60 da Lei Orgânica do TCU, observa-se que está bem fundamentada a sua aplicação, mormente em razão da gravidade das irregularidades observadas. O relator *a quo* expressamente considerou graves as infrações cometidas, posição referendada pelo Plenário, e os argumentos lançados em fase recursal não se mostram aptos à modificação da decisão do Tribunal.

20. Na mesma esteira, não se observam razões para revisão das multas aplicadas aos recorrentes, que guardam proporção com o débito a eles imputado, nos termos do art. 57 da Lei 8.443/1992. Veja-se que o valor do débito atualizado na data da prolação do Acórdão 2.903/2017-Plenário alcançava R\$ 948.701,44, de modo que o valor das multas, fixadas em R\$ 50.000,00, correspondem, individualmente, a 5,27% do valor atualizado do débito. Assim, encontram-se muito abaixo do que é permitido pelo artigo 267 do Regimento Interno/TCU, o qual prevê sanção de multa de até 100% do valor atualizado do dano.

Diante do que restou expedindo, VOTO para que o Tribunal aprove a minuta de acórdão que ora submeto ao exame deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2296/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 030.251/2013-3.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Recursos de reconsideração (Tomada de Contas Especial).
3. Recorrentes: Altemir Antônio Tortelli (402.036.700-00); Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul (05.684.806/0001-60).
4. Órgãos/Entidades: Caixa Econômica Federal; Ministério do Desenvolvimento Agrário.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.



- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: Claudismar Zupiroli (OAB/DF 12.250) e outros, representando Altemir Antônio Tortelli e Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul;

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Altemir Antônio Tortelli e pela Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul (Fetraf/Sul) em face do Acórdão 2.903/2017-TCU-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Altemir Antônio Tortelli e pela Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul (Fetraf/Sul), com fulcro nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c art. 285 do RI/TCU, para, no mérito, negar-lhes provimento;

9.2. dar ciência desta deliberação aos recorrentes.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2296-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 031.652/2015-8.

Natureza: Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria).

Órgão: Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo.

Recorrente: Luiz Antônio de Medeiros Neto (CPF 028.411.168-67).

Representação legal: Raphael Augusto Pinheiro Anunciação (OAB/DF 25.291).

SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME. RELATÓRIO DE AUDITORIA. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA AO RECORRENTE.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução de mérito da Secretaria de Recursos (peça 167), que contou com o aval dos titulares do corpo diretivo daquela unidade especializada (peças 168 e 169), com os ajustes de forma pertinentes:

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame interposto por Luiz Antonio de Medeiros Neto (peça 153), contra o Acórdão 224/2018-TCU-Plenário (peça 142), da relatoria do Ministro Augusto Sherman. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor, destacando-se os itens impugnados:

9.1. acolher as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis Srs. Carlos Frederico Zimmermann Neto, Makoto Sato, Juliana Lopes dos Santos, e Robson Batista Cipriano;



9.2. considerar prejudicada a análise das razões de justificativa de Atilio Machado Peppe quanto ao item “b” da audiência que lhe fora encaminhada, e acolher as razões de justificativa apresentadas pelo responsável para as demais irregularidades que lhe foram imputadas;

9.2. acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, Sra. Liria Izumi Hirano Hasegawa, Sr. Aloisio Batista do Nascimento, e Sra. Fernanda Regina Delena Dal Colletto;

9.3. rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis Sr. José Roberto de Melo e Sr. Luiz Antônio de Medeiros Neto, ex-Superintendentes da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo;

9.4. aplicar aos Srs. Luiz Antonio de Medeiros Neto (Superintendente da SRTE/SP no período de 20/5/2013 a 3/6/2015) e José Roberto de Melo (Superintendente da SRTE/SP no período de 27/3/2009 a 20/12/2012), a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, no valor individual de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.6. dar ciência à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo – SRTE/SP de que:

9.6.1. a convocação, em março/2011, das empresas classificadas no Pregão eletrônico 4/2008, conforme registrado no âmbito do processo administrativo 47544.000047/2011-51, em razão da manifestação de desinteresse da empresa Capital Serviços de Vigilância e Segurança Ltda., vencedora do mencionado certame, em não efetuar, em 6/5/2011, mais uma renovação do Contrato 11/2008, celebrado com a SRTE/SP, constituiu afronta ao art. 24, inc. XI, da Lei 8.666/1993 e ao entendimento expresso no Acórdão 819/2014-TCU-Plenário (Rel. a Min. Ana Arraes);

9.6.2. a contratação de serviços remanescentes, de que trata o art. 24, inc. XI, da Lei 8.666/1993, refere-se a um contrato anterior, que teve sua execução iniciada e interrompida por algum motivo, sem que seu objeto tivesse sido integralmente prestado, o que não ocorreu no presente caso, visto que o Contrato 11/2008 teve execução regular, por 36 meses, não havendo direito subjetivo da Administração em relação à renovação contratual;

9.6.3. as ocorrências a seguir detalhadas, constatadas em processos de pagamento, constituíram afronta ao art. 5º, *caput*, da Lei 8.666/1993, caracterizando inobservância à ordem cronológica das datas das exigibilidades nos pagamentos:

9.6.3.1. processos de pagamento à empresa Power Segurança e Vigilância Ltda., por meio de sucessivos reconhecimentos de dívida, em face de sua execução sem respaldo contratual:

9.6.3.1.1. os serviços prestados em agosto/2013 foram pagos apenas em 5/11/2013, sendo que o pagamento referente ao mês de setembro/2013 já havia sido efetuado desde 23/10/2013, não se observando a ordem cronológica devida;

9.6.3.1.2. o pagamento referente aos serviços prestados no mês de junho/2015 foi efetuado em 19/10/2015, sendo que o pagamento relativo aos serviços prestados em julho/2015 já havia sido realizado desde 9/9/2015, novamente inobservando a ordem cronológica dos pagamentos;

9.6.3.1.3. os serviços referentes a junho/2015, com notas fiscais emitidas em 15/7/2015, tiveram o pagamento efetuado apenas em 19/10/2015, aproximadamente quatro meses após a prestação dos serviços e mais de noventa dias após a emissão das notas fiscais;

9.6.3.2. processos de pagamento à empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda., por meio de reconhecimento de dívida:

9.6.3.2.1. os serviços prestados nos meses de julho e agosto/2014 foram pagos apenas no mês de dezembro do mesmo ano (em 3/12/2014 e 15/12/2014, respectivamente), cerca de 4 meses da data do fato gerador da obrigação, enquanto o pagamento relativo a setembro/2014 ocorreu no mês imediatamente subsequente (em 31/10/2014), denotando a inobservância da ordem de cronológica de pagamento das obrigações;

9.6.4. a ausência/inadequação das pesquisas de preços que fundamentam o orçamento estimativo dos procedimentos licitatórios ou de dispensa realizados pela entidade, como observado no Pregão 2/2013 e na



Dispensa de Licitação 23/2014, constituíram inobservância às regras previstas na Instrução Normativa 5, de 27/6/2014, da SLTI/MPOG;

9.6.5. a ausência de parecer jurídico sobre os procedimentos e respectivos contratos administrativos vinculados à Dispensa de Licitação 23/2014, infringiu o disposto no art. 38, inciso VI e parágrafo único, da Lei 8.666/1993;

9.6.6. a ausência de demonstração da regularidade fiscal, trabalhista, previdenciária e para com o FGTS das empresas contratadas nos processos de liquidação de despesas, a exemplo do que foi constatado nos processos 47581.00027912015-96, 46219.01734012015-18 e 47570.00011912015-76, está em desacordo com o disposto nos arts. 29, incisos III, IV e V, e 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, bem como com a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 837/2008-TCU-Plenário, 11907/2011-TCU- Segunda Câmara, 177/2012-TCU - Plenário e 1214/2013-TCU-Plenário, dentre outros);

9.6.7. a ausência de despacho/deliberação do gestor público da SRTE/SP sobre pedidos de repactuação de preços encaminhados pelas empresas, como ocorrido com a empresa Power Segurança e Vigilância Ltda., pleiteando a recomposição dos valores praticados no Contrato 5/2011 (executado além do seu prazo de vigência), por meio de expedientes datados de 9/8/2013 e 19/5/2014, constitui afronta ao arts. 2º e 22, § 1º, da Lei 9.784, de 29/1/1999, bem como ao art. 39, inc. XVI, do Regimento Interno da Unidade;

9.6.8. a deliberação de pedido de repactuação de valores apresentados por empresa além do prazo de sessenta dias, conforme ocorrido com o pedido formulado em 19/3/2015 pela empresa Power Segurança e Vigilância Ltda., referente ao Contrato 5/2011, configurou infringência ao art. 40, § 3º, da IN SLTI/MPOG 2/2008;

9.6.9. a ausência de aferição da economicidade dos valores pagos pela SRTE/SP para os serviços de vigilância desarmada, principalmente quando da análise dos pedidos de reajuste contratual, conforme ocorrido com o Contrato emergencial 5/2011, nos exercícios de 2013 e 2014, em reconhecimento de dívida, por período de aproximadamente quatro anos, configurou infringência ao disposto no art. 30, *caput* e § 2º, da IN SLTI/MPOG 2/2008 - processos administrativos referentes às repactuações de valores, em 2013 (proc. adm. sem numeração) e 2014 (documento nº 46219.009622/2014-52);

9.6.10. a ausência de registro das movimentações processuais, dos atos praticados no curso dos processos administrativos e da identificação da autoridade administrativa responsável por tais atos constitui afronta ao art. 22, § 1º, da Lei 9.784, de 29/1/1999;

9.7. determinar à Secex-SP que promova à juntada, por cópia, dos presentes autos às prestações de contas da SRTE/SP ainda pendentes de exame pelo Tribunal e avalie o impacto do julgamento de mérito destes autos nas respectivas contas dos responsáveis, e

9.8. dar ciência deste acórdão ao Ministério do Trabalho e à SRTE/SP.

HISTÓRICO

2. Trata-se originalmente de auditoria integrante do conjunto de trabalhos sob a sistemática de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) com o objetivo de detectar a ocorrência de irregularidades em contratações públicas selecionadas a partir de classificação de riscos, obtida por modelo probabilístico de análise de dados.

2.1. A presente fiscalização foi realizada junto à Superintendência do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo – SRTE/SP, sendo objeto da auditoria os seguintes procedimentos e contratos:

a) Dispensa de licitação 65/2011 e Contrato emergencial 5/2011, celebrado entre a SRTE/SP e a empresa Power Segurança e Vigilância Ltda.;

b) Dispensa de licitação 23/2014 e Contratos 5/2014 e 6/2014, firmados entre a SRTE/SP e as empresas Guima Consecos Construções, Serviços e Comércio Ltda. e Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda., respectivamente; e

c) Pregão 2/2014 e Contrato 12/2014, firmado entre a SRTE/SP e a empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda..

2.2. Em decorrência dos trabalhos foram apontados como achados as seguintes irregularidades:

1) a realização de pagamentos sem cobertura contratual, em decorrência da continuidade da execução do contrato após o término de sua vigência, e extrapolação do limite de 180 dias para contratação emergencial por dispensa de licitação, na contratação da empresa Power Segurança e Vigilância Ltda.;

2) procedimentos irregulares nos processos de repactuação de valores com a empresa Power Segurança e Vigilância Ltda. na execução do Contrato 5/2011;



3) descompasso entre a execução dos serviços, a emissão da nota fiscal e a realização dos pagamentos e inobservância à ordem cronológica das datas das exigibilidades nos pagamentos das obrigações contratuais;

4) ausência ou inadequação das pesquisas de preços que fundamentam o orçamento estimativo dos procedimentos licitatórios ou de dispensa realizados pela entidade;

5) ausência de parecer jurídico em processo de dispensa de licitação;

6) ausência de demonstração da regularidade fiscal, trabalhista, previdenciária e para com o FGTS das empresas contratadas nos processos de liquidação de despesas.

2.3. Também foram analisados os contratos anteriormente vigentes, para prestação dos serviços de vigilância e limpeza, a fim de verificar as situações que ensejaram as contratações emergenciais, escopo da fiscalização. Além disso, foram examinados processos administrativos relativos a tentativas frustradas de licitação de serviços de vigilância, entre os exercícios de 2011 e 2015, tendo sido identificados pela equipe de auditoria que, desde 2011, a unidade fiscalizada vem realizando pagamentos pelos serviços de segurança e vigilância por meio de processos de reconhecimento de dívidas, e, portanto, sem cobertura contratual, com a empresa Power Segurança e Vigilância, sendo esse um dos principais indícios de irregularidades apontados.

2.4. Em razão dos indícios de irregularidades apontados, a unidade instrutora propôs a realização de audiência de vários gestores, entre eles José Roberto de Melo e Luiz Antônio de Medeiros Neto, na condição de ex-Superintendentes da SRTE/SP.

2.5. Após a realização e análise das audiências, foi proposto pela unidade instrutora o acolhimento das razões de justificativas de alguns gestores, o acolhimento parcial de outros e a rejeição no caso dos dois referidos ex-superintendentes, bem como a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. A unidade técnica solicitou ao Tribunal que levasse em consideração, na dosimetria da sanção a ser aplicada, as circunstâncias atenuantes indicadas nos itens 3.87, 3.173, 3.216 e 3.264 de sua instrução à peça 155 (carência de servidores; alta rotatividade de novos servidores; e deficiências na capacitação do quadro de pessoal, dentre outros problemas estruturais por que passaram em suas gestões).

2.6. O ministro relator acolheu essa análise e proposta, deixando de acolher apenas a autorização desde logo do parcelamento da dívida concernente às sanções a serem aplicadas, porquanto não requerido pelos responsáveis, que poderiam fazê-lo em qualquer fase do processo, observado o disposto no art. 217 do RI/TCU.

2.7. Inconformado, o gestor Luiz Antônio de Medeiros Neto interpôs pedido de reexame (peça 153) para que seja reformado o Acórdão 224/2018-TCU-Plenário, de modo que a multa que lhe foi aplicada seja excluída. Alternativamente, requer que a multa seja substituída por uma determinação corretiva, levando em consideração as particularidades do caso em comento, e principalmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade contido na peça 155, ratificado pelo Ministro Relator Vital do Rêgo na peça 158, que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.4 e 9.5 do Acórdão 224/2018-TCU-Plenário, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do recurso as seguintes questões:

a) se a multa aplicada ao recorrente deve ser excluída (peça 153, p. 3-16);

b) se a multa aplicada ao recorrente deve ser substituída por determinação corretiva (peça 153, p. 16-21).

5. Se a multa aplicada ao recorrente deve ser excluída (peça 153, p. 3-16).

5.1. O recorrente defende a ausência de sua responsabilidade, devendo a multa ser excluída, com base nos seguintes argumentos:

a) empreendeu, de forma inequívoca todas as medidas possíveis, diante do cenário que se apresentava na SRTE/SP, quando do início da sua gestão, a saber:

a.1) no início de sua gestão determinou a realização de levantamento acerca da situação existente na SRTE/SP, o que resultou no relatório de gestão entregue em 10/7/2013, menos de 45 dias após o início de suas atividades como gestor;

a.2) em seguida, o citado relatório foi entregue ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) no dia 11/7/2013 para que medidas cabíveis fossem tomadas em caráter de urgência com relação, por exemplo (destaca-se), aos contratos administrativos referentes aos serviços de limpeza e vigilância, que estavam desprovidos de cobertura contratual, haja vista que os prazos máximos de vigência já haviam exaurido;



a.3) além do problema identificado com os contratos administrativos, a SRTE/SP foi alvo de diversas ações de despejo das unidades de atendimento ao público em razão do não pagamento dos aluguéis devidos (são 118 postos de atendimento ao público);

a.4) os contratos referentes aos serviços de vigilância e limpeza não eram repactuados desde a sua celebração, em 2008, portanto, o problema iniciou antes da posse do recorrente;

a.5) para viabilizar o atendimento ao público, é imprescindível a existência diária dos serviços de limpeza e vigilância, sob pena de fechamento de postos e suspensão do atendimento ao público (isso acarretaria cerca de 250.000 pedidos de seguro-desemprego sem avaliação e 60.000 carteiras de trabalho sem concessão). Desse modo, eventual suspensão dos serviços era medida inconcebível, em vista do incalculável prejuízo aos cidadãos;

a.6) a carência de servidores era patente, em especial a equipe técnica responsável pela condução dos processos de contratação, com a chefia tendo que atuar, em várias oportunidades, em mais de uma função e a SRTE/SP dispor de somente um pregoeiro para conduzir toda a demanda de contratações do órgão;

a.7) diante desse cenário ao assumir a função, o recorrente não poderia comprometer o atendimento ao público, sendo essa a principal atividade finalística das SRTEs no País;

b) não se tratava de continuar com o modelo de gestão e atividades anteriores, mas sim, dentro das possibilidades atinentes à competência que possuía, empreender ações necessárias para que os problemas até então enfrentados não fossem potencializados e não causassem prejuízos ainda maiores;

c) ao se deparar com tal situação, o recorrente determinou imediata adoção de medidas para que fossem sanadas as ilegalidades identificadas a partir do citado relatório de gestão, a saber:

c.1) em 2/7/2013 e 16/7/2013 respectivamente, foram instaurados processos licitatórios para contratação dos serviços de limpeza e recepção, tendo sido homologado e contratado o serviço de recepção com a empresa RCA Serviços Gerais Ltda.;

c.2) o lote dos serviços de limpeza, embora homologado em 28/11/2013, não pode ser contratado, pois a empresa vencedora – Dinâmica Serviços Gerais EIRELI, prestadora do contrato emergencial então vigente, recusou-se a assinar o contrato administrativo. Além disso, a partir de janeiro de 2014, começou a descumprir diversas obrigações contratuais, em especial o pagamento de salários a seus funcionários e encargos legais (Previdência Social e FGTS);

c.3) em 9/1/2014, a SRTE/SP notificou a citada prestadora de serviços acerca da instauração de processo sancionatório decorrente dos atrasos identificados;

c.4) foi realizada reunião na sede da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo (CJU/SP), para tratar das condições de contratação da empresa Dinâmica Serviços Gerais EIRELI, em razão da homologação do certame licitatório em seu favor, deu continuidade ao procedimento sancionatório e não celebrou a contratação da referida empresa;

c.5) em decorrência da continuidade dos descumprimentos pela empresa contratada, a SRTE, em atitude diligente: (i) pagou os funcionários e encargos dos funcionários da empresa Dinâmica; (ii) rescindiu o contrato administrativo então vigente; (iii) cancelou o termo de homologação do certame licitatório em favor da referida empresa; e (iv) convocou, nos termos da Lei 8.666/1993, as demais empresas participantes do certame licitatório em relação aos lotes 1 e 3, os quais haviam sido vencidos pela Dinâmica.

c.6) em virtude da não aceitação, por parte de todas as empresas convocadas, nas mesmas condições ofertadas pela empresa até então contratada, para celebrar contrato de serviços de limpeza, por conta de defasagem financeira (Nova Convenção Coletiva homologada sem que a Portaria SLTI/MPOG 56 que atualiza e estabelece os valores limites para a contratação de serviços de limpeza e conservação tenha sido publicada. A publicação ocorreu em 9/5/2014.), a SRTE/SP realizou contratação emergencial, nos termos da Lei 8.666/1993, tendo sido contratadas, em 10/3/2014, as empresas Guima Consecos Construções, Serviços e Comércio Ltda. e Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda., correspondentes aos lotes 1 e 3, por apenas 90 dias, ainda nos valores da Convenção Coletiva de Trabalho anterior;

c.7) logo após a publicação da Portaria SLTI/MPOG 56/2014, a SRTE/SP deu andamento ao novo processo licitatório para serviços de limpeza e conservação;

c.8) embora esta Corte sustente suposto atraso no curso das atribuições do recorrente, que somente teria tomado providências em relação ao certame licitatório no dia 10/7/2014, importa registrar que essa data se refere à formalização dos procedimentos, cujos trabalhos se iniciaram em data bastante anterior, conforme comprovam os documentos anexos, como o termo de referência e as planilhas de composição de custos entregues no dia 14/7/2014, apenas 2 dias úteis após a instauração formal do processo;



c.9) em 4 e 13/11/2014, foram celebrados os contratos administrativos com as empresas Cidade Brasil Ltda e Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda, referentes aos serviços de limpeza e recepção, sendo definitivamente encerradas as questões referentes a esses serviços;

c.10) em 18/11/2014, somente três dias úteis mais tarde, o recorrente instaurou o processo licitatório referente aos serviços de vigilância, nos termos do Memo 250/2014;

c.11) em 12/1/2015, por meio da Guia 47570-19/2015, o referido processo foi enviado para a área jurídica que retornou com sua manifestação em 3/2/2015, tendo sido requeridas várias medidas como condições necessárias à realização do certame licitatório pretendido;

c.12) nesse ínterim, a Convenção Coletiva de Trabalho referente ao ano de 2015 já estava em vigor, mas a Portaria Portaria SLTI/MPOG somente foi publicada em 1/4/2015 (caso a SRTE/SP tivesse publicado o edital de licitação com os valores constantes da Convenção coletiva de trabalho referente a 2014, poderia ocorrer os mesmos problemas enfrentados no ano anterior);

c.13) em 3/6/2015, ocorreu a exoneração do recorrente;

c.14) alega ainda que, caso tivesse sido publicado o edital de licitação com valores constantes da Convenção Coletiva de Trabalho anteriormente vigente, o valor estimado da contratação estaria claramente desatualizado e inexecutável, fato este que impediria o correto andamento do certame, caso se valesse dos valores dispostos na CCT vigente, estaria agindo em claro descumprimento da Portaria IN/MARE 26, a qual foi alterada pela Portaria IN/MARE que somente foi publicada em 1/4/2015;

d) como visto, o recorrente tomou as medidas que estavam ao seu alcance, tendo atuado com enorme diligência e celeridade, com zelo e respeito aos ditames legais, agindo de forma a solucionar problemas dentro dos limites do possível que a situação fática lhe apresentava, ao mesmo tempo em que desempenhava todas as suas outras obrigações funcionais, lembrando que a SRTE/SP é a maior superintendência do agora Ministério do Trabalho e Previdência Social, que impõe ao gestor principal agenda excessivamente atribulada, delicada e técnica.

e) como resultado, a SRTE/SP não precisou fechar nenhum dos postos de atendimento ao cidadão, além de ter concluído satisfatoriamente a realização dos certames licitatórios que estavam pendentes.

Análise

5.2. Não merece acolhida os argumentos apresentados, uma vez que a conduta pela qual optou o recorrente durante sua gestão com vistas a solucionar as questões atinentes aos serviços de vigilância e limpeza e conservação ou ainda mitigar os riscos da situação fática que se apresentava em torno dessas questões, não se pautou pelos princípios da legalidade e eficiência, culminando em graves infrações que respaldam a multa imputada.

5.3. Inicialmente, verificou-se que não foi localizado nos autos o mencionado relatório de gestão, o qual alega o recorrente ter providenciado para levantar a situação existente na SRTE/SP, e que teria sido entregue ao MTE para que medidas cabíveis fossem tomadas em caráter de urgência, conforme item 3.142, instrução à peça 139, p.26-27.

5.4. Também a alegação de que o problema se iniciou antes da posse do recorrente não é justificativa para que a morosidade administrativa perdurasse em sua gestão.

5.5. Para melhor contextualização dos fatos, faz-se mister elencar os itens da audiência do recorrente:

a) ausência de adoção de medidas tempestivas na supervisão das atividades da Divisão de Administração da SRTE/SP, caracterizando conduta omissiva do responsável em situação de urgência, tendo em vista a extrapolção do limite de 180 dias da contratação emergencial com a empresa Power Segurança e Vigilância Ltda. (Contrato 5/2011 – Dispensa de licitação 65/2011) desde 6/11/2011, em infringência ao art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal e aos arts. 2º, 3º, e 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993;

b) falha na supervisão (culpa in vigilando) do processo administrativo 47578.000246/2014-14 (objeto: Pregão eletrônico 1/2015 – licitação de serviços de vigilância desarmada), no período de janeiro/2015 a junho/2015, não obstante a urgência do procedimento licitatório e as circunstâncias a seguir descritas, em desacordo com o art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 (afrenta à formalidade e à condução do processo licitatório):

- a estagnação do andamento do proc. adm. 47578.000246/2014-14, no período de 27/1/2015 a 29/6/2015;
- a expressividade do valor da contratação dos serviços de vigilância desarmada, estimada, em 2015, no valor máximo de R\$ 9.728.949,42;



c) pagamentos à empresa Power Segurança e Vigilância Ltda. sem cobertura contratual, em decorrência da continuidade da execução do Contrato 5/2011 após o término de sua vigência, em desacordo com o art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666, de 1993;

d) autorização de pagamentos efetuados sem cobertura contratual, em decorrência da continuidade da execução dos Contratos 5/2014 e 6/2014 com as empresas Guima Consecos Construções, Serviços e Comércio Ltda. e Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda., após o término de sua vigência, em 10/06/2014, em desacordo com o art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666, de 1993;

e) ausência de adoção de medidas tempestivas visando à conclusão do procedimento licitatório para contratação dos serviços de conservação e limpeza, tendo em vista a extrapolação do limite de 180 dias para contratação emergencial por dispensa de licitação relativamente aos Contratos 5/2014 e 6/2014, infringindo o disposto no art. 24, IV, da Lei nº 8.666, de 1993;

f) ausência de despacho/deliberação sobre pedidos de repactuação de preços encaminhados pela empresa Power Segurança e Vigilância Ltda., pleiteando a recomposição dos valores praticados no Contrato 5/2011 (executado além do seu prazo de vigência), por meio de expedientes datados de 9/8/2013 e 19/5/2014, em afronta ao art. 22, § 1º, da Lei 9.784, de 29/1/1999, e ausência de aferição da economicidade dos valores pagos pela SRTE/SP para os serviços de vigilância desarmada, em desacordo com o disposto no art. 30, caput e § 2º, da IN SLTI/MPOG 2/2008 - processos administrativos referentes às repactuações de valores, em 2013 (proc. adm. sem numeração) e 2014 (documento nº 46219.009622/2014-52);

g) extrapolação do prazo previsto no art. 40, § 3º, da IN SLTI/MPOG 2/2008 para decisão sobre pedido de repactuação de valores apresentado pela empresa Power Segurança e Vigilância Ltda. à SRTE/SP em expediente datado de 19/3/2015, referente ao Contrato 5/2011, executado além do seu prazo de vigência;

5.6. Embora a maior parte da audiência do recorrente esteja centrada na ausência de adoção de medidas tempestivas, caracterizando conduta omissiva em situação de urgência, relacionada à extrapolação do limite de 180 dias da contratação emergencial com a empresa Power Segurança e Vigilância Ltda desde 6/11/2011, em infringência ao art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal e aos arts. 2º, 3º, e 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 em função dos serviços de vigilância desarmada (alínea “a” retro), seus argumentos discorreram, em especial, sobre as medidas referentes às licitações e contratações dos serviços de conservação e limpeza, os quais teriam sido priorizados, segundo o recorrente, para não paralisar os postos de atendimento (peça 153, p. 4-5) e pela impossibilidade de condução de dois processos licitatórios simultaneamente (item 3.163 da instrução à peça 139, p. 30).

5.7. A esse respeito, percebe-se que, dos sete itens da audiência do recorrente à peça 139, p. 26, cinco tratam de questões atinentes aos serviços de vigilância (“a”, “b”, “c”, “f” e “g”), sendo que três (alíneas “c”, “f” e “g”) ocorreram em consequência da falta de providências em relação a esse mesmo serviço (alínea “a”).

5.8. Com relação a esse ponto, cabe registrar que a gestão anterior do SRTE/SP já havia dado início ao procedimento licitatório dos serviços de vigilância desarmada, o qual foi revogado por erro do pregoeiro (conforme item 3.99 da instrução à peça 139, p. 19), o que tornaria menos dificultoso o aproveitamento dos trabalhos anteriores para dar continuidade ao processo de licitação desses serviços que, frise-se, já vinham sendo desempenhados sem base contratual.

5.9. Além disso os argumentos do recorrente relativos à justificativas para início formal das providências relativas à licitação dos serviços de vigilância somente em 18/11/2014, cerca de um ano e meio após sua posse, foi rechaçado nos itens 3.174 a 3.176 da instrução à peça 139, quando foram sugeridas soluções alternativas possíveis a fim de viabilizar a condução simultânea das licitações de serviços de limpeza e conservação e vigilância desarmada, considerando a urgência de ambas e o longo período de infringência ao art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal e aos arts. 2º, 3º, e 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993.

5.10. Dessa forma, os argumentos trazidos pelo recorrente não foram suficientes para justificar a demora na instauração do procedimento licitatório referente aos serviços de vigilância, irregularidade objeto do item “a” da audiência, que acabou ocasionando também os itens “c”, “f”, e “g”, o que, violando o comando constitucional, respalda a imputação de multa.

5.11. Também não resta justificado o motivo do aguardo da Portaria SLTI/MPOG 6/2015 até 1/4/2015 para dar continuidade ao processo de licitação de vigilância pois, caso os preços utilizados nas propostas das licitantes fossem baseados em salários até então vigentes, referentes à convenção coletiva firmada em 2014, com base no art. 38 da Instrução Normativa SLTI/MP 2, de 30/4/2008, o reajuste poderia ser solicitado à SRTE/SP pela eventual vencedora do certame, se decorrido um ano da data de referida convenção coletiva,

ainda que em prazo inferior a um ano da celebração de eventual contrato, conforme estabelecido nos art. 37, 38 e 39 da Instrução Normativa SLTI/MP 2, de 30/4/2008:

Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

(...)

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-bases destes instrumentos. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

Art. 39. Nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

5.12. Ademais, embora divulgada a Portaria SLTI/MPOG 6/2015, em 1/4/2015, de acordo com a instrução à peça 139, o Chefe do Setor de Serviços Gerais encaminhou a documentação processual à então Superintendente da SRTE/SP – Substituta, com parte das alterações sugeridas pela AGU, somente em 29/6/2015, inclusive após exoneração do recorrente.

5.13. Assim, caberia ao gestor máximo do órgão avaliar e supervisionar o andamento do processo licitatório dos serviços de vigilância, de forma a buscar a melhor solução, quando da tramitação do processo entre janeiro/2015 e junho/2015. Ainda que a situação ideal fosse licitar esses serviços com os novos valores divulgados na Portaria SLTI/MPOG 6/2015, em 1/4/2015, há de ser considerado que desde janeiro/2015 já havia a divulgação da Convenção Coletiva de Trabalho dos vigilantes para o exercício de 2015 (peça 33, p. 106-112), e a ausência da publicação da referida portaria não impedia a abertura do certame.

5.14. Sobre os argumentos em relação às providências atinentes aos processos licitatórios dos serviços de limpeza e conservação, as quais teriam iniciado anteriormente à data da formalização do procedimento, em 14/7/2014, o fato é que o processo licitatório somente foi autuado em data próxima ao vencimento da vigência dos contratos emergenciais e um ano após a posse do recorrente, sendo que os novos contratos com as empresas vencedoras foram celebrados em novembro/2014.

5.15. Tratando-se do quadro de urgência que o caso exigia e diante das circunstâncias descritas pelo recorrente, a situação deveria ter sido identificada como prioritária, exigindo planejamento prévio e identificação de recursos humanos por parte do gestor máximo, para, dentro do prazo de vigência da contratação emergencial, ser realizado novo certame.

5.16. Assim, embora as circunstâncias descritas pelo responsável possam ter dificultado o célere andamento do processo licitatório, cabia ao recorrente na qualidade de Superintendente da SRTE/SP, e gestor máximo da Unidade, priorizar a realização dos certames, considerando que as contratações emergenciais, uma das quais já durava mais de três anos, extrapolaram o prazo estabelecido na legislação que prevê a vigência máxima de 180 dias, o que, juntamente com as demais infrações, respalda a multa imputada.

6. Se a multa aplicada ao recorrente de ver ser substituída por determinação corretiva (peça 153, p. 16-21).

6.1. O recorrente defende que a multa deve ser revista, com base nos seguintes argumentos:

a) o ato sancionador deve, obrigatoriamente, respeitar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, quando da aplicação do direito no caso concreto, ou seja, escolher a solução mais correta e adequada, em face da situação fática;

b) é difícil a imputação de responsabilidade para gestores públicos que agiram no limite de suas atribuições e da capacidade estrutural das instituições as quais eram vinculados, sendo certo que, na presente situação, o recorrente jamais se furtou de suas obrigações, tendo agido de forma diligente, dentro dos limites que a situação fática lhe permitia;

c) atribuir responsabilidade ao recorrente é ofender a razoabilidade e a proporcionalidade;

d) o recorrente traz trecho de doutrina do Prof. Marçal Justen Filho transcrito à peça 153, p. 18, sobre o princípio da culpabilidade, o qual se configura a partir da reprovabilidade da conduta do particular que por sua



vez, envolve “uma avaliação conjugada do posicionamento subjetivo do sujeito e dos efeitos danosos gerados pela infração”;

e) traz ainda doutrina do Ministro Gilmar Mendes, de Willis Santiago Guerra Filho e de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (peça 153, p. 17-20).

Análise

6.2. Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar, uma vez que esta Corte possui competência constitucional e legal para aplicar multa após sopesar a gravidade das irregularidades e para isso, considera os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de evitar reincidência.

6.3. Com relação à razoabilidade, além dos precedentes trazidos pela unidade instrutora onde também foi aplicada a multa do art. 58 para irregularidades semelhantes – Acórdãos 737/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas e 3176/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Sherman, segue trecho do voto condutor do Acórdão 1277/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, o qual também evidencia que as situações de irregularidade de prestação de serviços públicos concedidos sem amparo contratual como ocorreu no caso em tela, em geral, são tratadas nesta Corte com a aplicação de multa do art. 58, inciso II:

26. A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que a realização de serviços públicos sem amparo contratual sujeita o responsável à multa de que trata o art. 58, inciso II, da Lei Orgânica do TCU. Tal fato, por si só, já ensejaria a punição ao Diretor-presidente da Codesp. No caso concreto, somam-se os agravantes de descumprimento da Lei dos Portos, de Resolução da Antaq e de ofícios de comunicação dessa Agência e do MTPA.

6.4. Com relação à proporcionalidade, deve-se aduzir que o artigo 58 da Lei 8.443/1992 estabelece:

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros) , ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário;

§ 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 3º O regimento interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

6.5. Já o Regimento Interno/TCU, em seu artigo 268, incisos II e III, e § 1º, estabelece:

Art. 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do caput do art. 58 da Lei 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação:

II - ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante a que se refere o caput;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante referido no caput;

§ 1º A multa de que trata o caput será atualizada, periodicamente, mediante portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

6.6. Em cumprimento ao § 1º acima, a Portaria-TCU 7/2018 fixou em R\$ 59.988,01, para o exercício de 2018, o valor máximo da multa a que se refere o caput do artigo 58 da Lei 8.443/1992.

6.7. Assim, observa-se de plano que o valor da multa aplicada aos responsáveis não ultrapassou o valor legalmente previsto, chegando a 10% do valor máximo previsto.

6.8. Cabe registrar ainda que, no âmbito do TCU, a dosimetria da pena tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento em casos análogos. O Tribunal não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal, e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido (Acórdãos 174/2018-TCU, 992/2017-TCU, 944/2016-TCU, 1427/2015-TCU todos do Plenário e da relatoria do Ministro Augusto Nardes e 939/2017-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Bruno Dantas, 123/2014-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Raimundo Carreiro).



6.9. No caso em questão, ao contrário de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como alegou o recorrente, ao tratar da dosimetria da multa e após acolher as considerações da unidade instrutora a respeito dos atenuantes em relação ao recorrente (carência de servidores; alta rotatividade de novos servidores; deficiências na capacitação do quadro de pessoal) o voto condutor do acórdão recorrido, explicitamente, enfatizou a utilização dos princípios da equidade, proporcionalidade e razoabilidade diante das circunstâncias do caso concreto (peça 143, p. 2):

12. Por entender adequada a análise empreendida pela unidade técnica, acolho-a minhas razões de decidir, sem prejuízo de aduzir as considerações que passo a expor em relação a pontos que entendo relevantes destacar acerca do quadro configurado e da dosimetria da sanção a ser aplicada, levando-se em consideração a reprovabilidade das condutas e as circunstâncias atenuantes indicadas pela secretaria. Tomo por base ainda os princípios da equidade na apreciação da matéria em relação a outros julgados semelhantes decorrentes das FOCs realizadas, além da proporcionalidade e razoabilidade em face do quadro evidenciado.

6.10. Nesse sentido, ressalta-se que, no Acórdão 737/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, ocorreram, entre os exercícios de 2012 e 2014, quatro contratações emergenciais sucessivas que tiveram por objeto serviços de vigilância e cinco referentes a serviços de limpeza e conservação. Nesse caso, o gestor máximo foi apenado com multa de R\$ 15.000,00. Em outro caso, o Acórdão 3.176/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Sherman, houve apenas uma contratação emergencial indevida, com ocorrência de pagamentos sem cobertura contratual em dois períodos que, totalizados, não ultrapassaram 6 meses no mesmo ano. Desse modo, foi aplicada multa a gestora principal no valor de R\$ 3.000,00.

6.11. Assim, fica evidenciado que a multa aplicada no caso em questão – R\$ 6.000,00 - respeitou os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da equidade, não havendo que se falar em sua revisão.

CONCLUSÃO

7. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) embora as circunstâncias descritas pelo responsável possam ter dificultado o célere andamento do processo licitatório, cabia ao recorrente na qualidade de Superintendente da SRTE/SP, e gestor máximo da Unidade, priorizar a realização dos certames, considerando que as contratações emergenciais, uma das quais já durava mais de três anos, extrapolaram o prazo estabelecido na legislação que prevê a vigência máxima de 180 dias, o que, juntamente com as demais infrações, respalda a multa imputada;

b) a multa aplicada no caso em questão – R\$ 6.000,00 – respeitou os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da equidade, não havendo que se falar em sua revisão.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

8. Ante o exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I; 33 e 48 da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer do recurso interposto por Luiz Antonio de Medeiros Neto, para, no mérito, negar-lhe provimento;

b) comunicar a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte ao recorrente, ao Ministério do Trabalho, à SRTE/SP e demais interessados.

É o relatório.

‘

VOTO

Em análise, pedido de reexame interposto por Luiz Antônio de Medeiros Neto contra o Acórdão 224/2018-TCU-Plenário, por meio do qual lhe foi aplicada multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 6.000,00, em razão da falta de adoção de medidas tempestivas quando esteve à frente da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo (SRTE/SP), a fim de que o planejamento das licitações e contratações estivesse adequado ao orçamento anual daquela superintendência.

2. Originalmente, os autos versam sobre auditoria de conformidade, realizada no período de 9/11/2015 a 19/2/2016, tendo por objetivo verificar a regularidade das licitações e contratações efetuadas pela SRTE/SP para prestação de serviços de vigilância, conservação e limpeza, entre os exercícios de 2011 e 2015.

3. A equipe de auditoria, à época da execução dos trabalhos fiscalizatórios, examinou a seguinte documentação: (i) Dispensa de licitação 65/2011 e Contrato emergencial 5/2011, celebrado entre a SRTE/SP e a empresa Power Segurança e Vigilância Ltda.; (ii) Dispensa de licitação 23/2014 e Contratos 5/2014 e 6/2014, firmados entre a SRTE/SP e as empresas Guima Consecos Construções, Serviços e Comércio Ltda. e Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda., respectivamente; e (iii) Pregão 2/2014 e Contrato 12/2014, firmado entre a SRTE/SP e a empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda.

4. Dentre os indícios de irregularidades verificados durante a referida auditoria, destaca-se a extrapolação do limite de 180 dias para contratação emergencial por dispensa de licitação (peça 56, p. 54-68). O Sr. Luiz Antônio de Medeiros Neto foi ouvido em audiência realizada pela Secex-SP, nos termos do ofício 1.271/2016 (peça 73), em virtude dessa constatação. A unidade técnica, após analisar as razões de justificativas apresentadas pelo ex-gestor (peça 110), sugeriu o acolhimento parcial com a aplicação de multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 (peça 139), proposta endossada pelo relator *a quo* nos termos do voto condutor do acórdão guerreado.

5. O recorrente argumenta, em síntese, que adotou as medidas cabíveis frente ao cenário que se apresentava a SRTE/SP e requer a exclusão da multa aplicada ou a substituição da multa por determinação corretiva (peça 153, p. 1-21).

6. Ao analisar o pedido de reexame (peça 153), a Secretaria de Recursos (Serur) propôs o não provimento do recurso (peças 167-169), uma vez que os argumentos apresentados pelo ora recorrente foram insuficientes para modificar o Acórdão 224/2018-TCU-Plenário.

7. Feito esse breve histórico, passo ao exame de mérito do presente recurso.

8. Registro, desde já, minha concordância com a análise e as conclusões da unidade técnica, as quais incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo das observações que faço a seguir.

9. O recorrente alega que foi nomeado na data de 20/5/2013, quando existiam quatro contratos emergenciais em vigor referentes aos serviços de (peça 153): (i) vigilância - empresa Power Segurança e Vigilância Ltda.; (ii) recepção; e (iii) limpeza, com dois contratos - empresa Dinâmica Serviços Gerais Eireli.

10. Quanto aos serviços de recepção e limpeza, o ora recorrente argumenta que os processos licitatórios foram instaurados, respectivamente, nas datas de 2/7/2013 (peça 153, p. 15) e de 16/7/2013 (peça 153, p. 15).

11. De fato, os Memorandos 158/2013 (peça 110, p. 41) e 174/2013 (peça 110, p. 44), emitidos na gestão do Sr. Luiz Antônio de Medeiros Neto, quando esteve à frente da SRTE/SP, corroboram a informação do ora recorrente. Indicam também que a instauração daqueles certames licitatórios ocorreu após, respectivamente, 36 dias e 50 dias da nomeação do ex-gestor.

12. Ainda de acordo com o Sr. Luiz Antônio de Medeiros Neto, o contrato para prestação dos serviços de recepção foi assinado com a empresa RCA Serviços Gerais Ltda. na data de 11/12/2013, relativo ao lote 2 do pregão eletrônico 2/2013 (peça 153, p. 6 e 15). Assim, entendo que tem razão o ora recorrente, na medida em que adotou as medidas pertinentes enquanto esteve à frente da SRTE/SP no que tange à contratação dos serviços de recepção.

13. Em relação aos serviços de limpeza prestados mediante contratos emergenciais pela empresa Dinâmica Serviços Gerais Eireli, o recorrente informa que essa firma se sagrou vencedora dos lotes 1 e 3 do pregão eletrônico 2/2013 (peça 153, p. 6-7). Entretanto, de acordo com o recorrente, a empresa não compareceu à convocação da SRTE/SP para assinatura do contrato decorrente do certame (peça 153, p. 7). Ressaltou, ainda, que todas as empresas participantes da licitação foram convocadas, mas não aceitaram celebrar o contrato nas condições da proposta vencedora, em virtude da defasagem de valores em relação aos limites estabelecidos na convenção coletiva de trabalho da categoria (peça 153, p. 8).

14. Assevera o recorrente que, em razão da negativa das empresas em celebrar o contrato, a SRTE/SP mediante a dispensa de licitação 23/2014 procedeu à contratação emergencial, na data de 10/3/2014, das empresas Guima Consecos Construções, Serviços e Comércio Ltda. (contrato 5/2014) e



Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda. (contrato 6/2014) para prestação pelo período de noventa dias dos serviços relativos aos lotes 1 e 3 do pregão eletrônico 2/2013, respectivamente (peça 153, p. 9 e 16).

15. A instauração de novo processo licitatório, pregão eletrônico 2/2014, para contratação de serviços de limpeza relativos aos lotes 1 e 3 do pregão eletrônico 2/2013, somente ocorreu em 10/7/2014, praticamente 120 dias após a assinatura dos contratos emergenciais entre a SRTE/SP e as empresas Guima e Tejofran (peça 153, p. 16). Sobre essa demora, alega o recorrente que decorreu em razão de a Portaria 56 IN/MARE ter sido publicada no dia 9/3/2014 (peça 153, p. 9 e 16).

16. Sobre esse aspecto, entendo que não merecem acolhimento os pleitos recursais do ora recorrente. Considero que a ausência da referida portaria não justifica o atraso na tomada de decisão pelo Sr. Luiz Antonio de Medeiros Neto para autorizar a instauração do pregão eletrônico 2/2014. Ainda que os preços utilizados nas propostas das licitantes fossem baseados em salários até então vigentes, referentes à convenção coletiva de trabalho aprovada em 2014, conforme informado pelo ora recorrente (peça 153, p. 8), eventual defasagem poderia ser corrigida mediante reajuste contratual nos termos dos arts. 37, 38 e 39 da Instrução Normativa SLTI/MP 2, de 30/4/2008, *in verbis*:

Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

(...)

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-bases destes instrumentos. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

Art. 39. Nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

17. Ademais, na sequência do pregão eletrônico 2/2014, sagraram-se vencedoras as empresas Cidade Brasil Ltda. e Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda. com as quais a SRTE/SP celebrou, respectivamente, os contratos 11/2014 (peça 110, p. 155-187; peça 153, p. 10), em 4/11/2014, e 12/2014 (peça 110, p. 119-152; peça 153, p. 10), em 13/11/2014. Portanto, comparando a data de 10/3/2014, correspondente à assinatura dos contratos emergenciais 5/2014 e 6/2014, com as datas de celebração dos contratos oriundos do pregão eletrônico 2/2014, constata-se a extrapolação do limite de 180 dias fixado pela Lei 8.666/1993 para contratação emergencial. Assim, não merecem acolhimento os apelos recursais do Sr. Luiz Antônio de Medeiros Neto no sentido de que adotou as medidas administrativas necessárias para a contratação dos serviços de limpeza.

18. No que diz respeito aos serviços de vigilância, a instauração do processo licitatório para contratação daqueles serviços ocorreu em 18/11/2014 (peça 110, p. 190; peça 153, p. 16). Ou seja, 540 dias após a nomeação do ora recorrente para assumir as atribuições de gestor da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo (SRTE/SP). Esse tempo decorrido de 540 dias extrapola em muito o limite de 180 dias da contratação emergencial com a empresa Power Segurança e Vigilância Ltda., que já perdurava desde 6/11/2011.

19. Assim, não merecem acolhimento os apelos recursais do Sr. Luiz Antônio de Medeiros Neto no sentido de que adotou as medidas administrativas necessárias para a contratação dos serviços de vigilância.

20. No tocante ao valor da multa de R\$ 6.000,00 aplicada ao ex-gestor com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, nos termos do Acórdão 224/2018-TCU-Plenário, não merece



acolhimento os apelos recursais de que houve ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

21. O TCU possui competência constitucional e legal para aplicar multa após sopesar a gravidade das irregularidades e do dano causado ao erário, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de evitar reincidência de despesas irregulares, sendo a multa estabelecida de acordo com a gravidade das irregularidades identificadas (Acórdão 3.573/2008-TCU-2ª Câmara).

22. No caso concreto, o relator *a quo* assim se manifestou no voto condutor do Acórdão 224/2018-TCU-Plenário:

3. Em decorrência dos trabalhos foram apontados como achados: 1) a realização de pagamentos sem cobertura contratual, em decorrência da continuidade da execução do contrato após o término de sua vigência, e extrapolação do limite de 180 dias para contratação emergencial por dispensa de licitação, na contratação da empresa Power Segurança e Vigilância Ltda.; 2) procedimentos irregulares nos processos de repactuação de valores com a empresa Power Segurança e Vigilância Ltda. na execução do Contrato 5/2011; 3) descompasso entre a execução dos serviços, a emissão da nota fiscal e a realização dos pagamentos e inobservância à ordem cronológica das datas das exigibilidades nos pagamentos das obrigações contratuais; 4) ausência ou inadequação das pesquisas de preços que fundamentam o orçamento estimativo dos procedimentos licitatórios ou de dispensa realizados pela entidade; 5) ausência de parecer jurídico em processo de dispensa de licitação; 6) ausência de demonstração da regularidade fiscal, trabalhista, previdenciária e para com o FGTS das empresas contratadas nos processos de liquidação de despesas.

4. Também foram analisados os contratos anteriormente vigentes, para prestação dos serviços de vigilância e limpeza, a fim de verificar as situações que ensejaram as contratações emergenciais, escopo da fiscalização. Ademais, foram examinados processos administrativos relativos a tentativas frustradas de licitação de serviços de vigilância, entre os exercícios de 2011 e 2015. Consoante exposição da equipe de auditores, desde 2011 a unidade fiscalizada vem realizando pagamentos pelos serviços de segurança e vigilância por meio de processos de reconhecimento de dívidas, e, portanto, sem cobertura contratual, com a empresa Power Segurança e Vigilância, quando deveria ter levado a cabo a realização de processos regulares de contratação mediante licitação, sendo esse um dos principais indícios de irregularidades apontados.

(...)

7. Ao despachar no feito, determinei a realização das audiências alvitadas (peça 59). Após prorrogações sucessivas de prazo para defesa, os responsáveis compareceram aos autos trazendo razões de justificativa para as irregularidades apontadas.

8. Em sua grande maioria, as razões de justificativa centraram-se nas dificuldades operacionais e administrativas enfrentadas pela unidade em razão de problemas estruturais sistêmicos de gestão de pessoal e de recursos orçamentários e financeiros que perpassaram diversos exercícios e as várias gestões dos superintendentes, havendo relatos de falta de pessoal próprio e terceirizado nas atividades administrativas a partir de 2009, ausência de interesse dos servidores em ocupar cargos administrativos e nas áreas de gestão e contratações, dada a baixa remuneração pelas responsabilidades envolvidas com as atividades, *déficit* frequente de pessoal em geral, rotatividade de servidores, ausência de treinamentos e qualificação dos servidores designados ou envolvidos nas áreas de licitações e contratos, escassez de recursos orçamentários e financeiros, greves e outros problemas estruturais, muitos dos quais levados ao conhecimento dos escalões superiores.

(...)

11. Já em relação aos superintendentes, principais dirigentes da unidade nos períodos mencionados, Srs. Luiz Antonio de Medeiros Neto (Superintendente da SRTE/SP no período de 20/5/2013 a 3/6/2015), e José Roberto de Melo (Superintendente da SRTE/SP no período de 27/3/2009 a 20/12/2012), propõe a Secex/SP a rejeição de suas razões de justificativa e a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, levando-se em consideração, na dosimetria da sanção a ser aplicada por este Tribunal, as circunstâncias atenuantes indicadas nos itens 3.87, 3.173, 3.216 e 3.264 da instrução (carência de servidores; alta rotatividade de novos servidores; e deficiências na capacitação do quadro de pessoal, dentre outros problemas estruturais por que passaram em suas gestões).

(...)

16. Em decorrência da inação administrativa e gerencial em superar as dificuldades que desafiavam a adoção de medidas executivas por parte dos administradores públicos, houve execução de serviços sem base



contratual, com pagamentos realizados sem cobertura contratual, por um período, que friso novamente, foi de mais de quatro anos, sem que se ultimasse procedimento licitatório visando a substituição de referida empresa. A meu ver, tiveram papel preponderante para que tal ocorrência se verificasse os superintendentes das gestões de 27/3/2009 a 20/12/2012 e de 20/5/2013 a 3/6/2015, ou seja, dos Srs. José Roberto de Melo e Luiz Antônio de Medeiros Neto, como bem assentado na instrução da secretaria, pois estiveram eles tempo suficiente na gestão da unidade para que adotassem providências efetivas de resolução da contratação.

17. Todo o conjunto de razões de justificativa produzido nos autos é incapaz de afastar os fatos evidentes de que houve extrapolação do prazo limite de 180 dias para a prestação dos serviços emergenciais e a perpetuação da execução dos serviços prestados, sem cobertura contratual. Como se vê dos autos, o novo contrato somente pôde ser celebrado em 22/3/2016, após, finalmente, ter sido realizada licitação para os serviços de vigilância em 18/1/2016, conforme informado pela Chefe da Divisão de Administração da SRTE/SP, Sra. Fernanda Regina Delena Dal Colletto em suas razões de justificativa, uma vez que o pregão eletrônico 1/2015, foi homologado somente em 4/3/2016.

18. Apesar das evidências irrefutáveis da manutenção de tal situação por longo período nas gestões dos responsáveis, sem solução, e do alto valor envolvido na contratação dos serviços (estimados em valores anuais de R\$ 6 milhões a R\$ 9 milhões), levo em consideração, para fins de dosimetria das sanções aplicadas, a inexistência de prejuízos financeiros decorrentes da execução de contrato de natureza essencial para a manutenção das atividades de atendimento ao público e proteção patrimonial, e os atenuantes mencionados na instrução, notadamente, fatores aduzidos nas alegações de defesa acerca das dificuldades sistêmicas na gestão de pessoal da unidade, de modo a fixar sanções em patamares mais próximos ao limite mínimo de que trata o inciso II do art. 268 do Regimento Interno/TCU, em face do que dispõe os arts. 43, parágrafo único, e 58, inciso II, e § 3º, da Lei 8.443/1992, que do limite máximo ali indicado.

23. Nota-se que as razões de justificativas apresentadas pelo ora recorrente não sanaram as irregularidades apontadas no relatório de auditoria, o que conduziu à aplicação de multa com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. Ademais, os apelos recursais também não tiveram o condão de afastar tais irregularidades.

24. Nesse escopo, considero que a multa aplicada ao ora recorrente observou o princípio da razoabilidade, estando em consonância com outros precedentes julgados por esta E. Corte de Contas, nos termos dos Acórdãos 737/2017-TCU-Plenário, 3.176/2016-TCU-Plenário e 1.277/2018-TCU-Plenário, conforme destacado pela unidade técnica e transcrito no relatório precedente.

25. No que concerne à proporcionalidade, a Portaria TCU 7/2018 fixou em R\$ 59.988,01, para o exercício de 2018, o valor máximo da multa a que se refere o *caput* do artigo 58 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, §1º, do Regimento Interno do TCU. O valor da multa aplicada corresponde a 10% do valor máximo fixado para o exercício de 2018, ano do acórdão guerreado. Portanto, considero que não houve excesso no valor da multa aplicada.

26. Além disso, o relator *a quo* ao fixar o valor da multa aplicada ao Sr. Luiz Antônio de Medeiros Neto levou em consideração “a inexistência de prejuízos financeiros decorrentes da execução de contrato de natureza essencial para a manutenção das atividades de atendimento ao público e proteção patrimonial, e os atenuantes mencionados na instrução, notadamente, fatores aduzidos nas alegações de defesa acerca das dificuldades sistêmicas na gestão de pessoal da unidade”.

27. Assim sendo, entendo que a multa aplicada no valor de R\$ 6.000,00, nos termos do Acórdão 224/2018-TCU-Plenário, respeitou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em sua revisão.

Ante o exposto, VOTO para que o Tribunal de Contas da União aprove a minuta de acórdão que submeto a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2297/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 031.652/2015-8.
2. Grupo I - Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria).



3. Recorrente: Luiz Antônio de Medeiros Neto (028.411.168-67).
4. Entidade: Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de São Paulo.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: Raphael Augusto Pinheiro Anunciação (OAB/DF 25.291).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedido de reexame interposto por Luiz Antonio de Medeiros Neto contra o Acórdão 224/2018-TCU-Plenário;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento; e

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2297-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC 001.445/2014-6 [Aposos: TC-008.869/2009-8 e TC-000.879/2014-2]

Natureza: Tomada de Contas Especial.

Unidade jurisdicionada: Estado de Goiás, Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás (Seplan/GO)

Interessado: Ministério da Integração Nacional (MI)

Responsáveis: Alexandre Navarro Garcia (CPF 385.346.061-53), Ângelo Rosa Ribeiro (CPF 101.033.171-04), Antônio Alberto Basílio (CPF 474.514.678-72), Giuseppe Vecchi (CPF 186.921.411-00), Oton Nascimento Júnior (CPF 081.350.101-68), Ovídio Antônio de Angelis (CPF 052.931.541-68) e Wellington Carlos da Silva (CPF 004.621.521-20); Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (CNPJ 02.904.092/0001-60) e Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda. (CNPJ 26.746.289/0001-86).

Representação legal: Marizete Carlos Inacio de Oliveira, CPF 956.004.181-91, representando Ovídio Antônio de Angelis (peça 30); Ana Cristina da Costa, CPF 776.914.581-34 (peça 32) e David Levistone da Silva Souza, OAB/GO 11.750, (peça 51), representando Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (peça 32); Luciana Daher Vieira, OAB/GO 16.528, e Murilo Nunes Magalhães, OAB/GO 22.558, representando Giuseppe Vecchi (peça 41); Sebastião Alves Pereira Neto, OAB/DF 16.467 (peça 56), com substalecimento para Débora Silva de Brito, OAB/DF 22.301, e outros (peça 57), representando Wellington Carlos da Silva; Leonardo Lacerda Jube, OAB/GO 26.903, representando Oton Nascimento Júnior (peça 60); Carlos Antônio de Macedo Silva, OAB/GO 5.685, e Tiago de Paiva Faleiro, OAB/GO 38.003, representando Ângelo Rosa Ribeiro (peças 71 e 72, p. 10);



Mário Márcio Ferreira da Silva, OAB/GO 9.882, e outros, representando Antônio Alberto Basílio (peças 98 e 101).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVERSÃO DE MONITORAMENTO DETERMINADA PELO ACÓRDÃO 3.401/2013-TCU-PLENÁRIO. OITO CONVÊNIOS PARA REPASSE DE RECURSOS AO PROJETO DE IRRIGAÇÃO DE FLORES DE GOIÁS (PIFG). CUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES. ACATAMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESAS DOS RESPONSÁVEIS. EXCLUSÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL DE ALGUNS RESPONSÁVEIS. DIVERGÊNCIA ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO DE UM RESPONSÁVEL. ERRO NOS CÁLCULOS DO PROJETO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. JULGAMENTO DAS CONTAS PELA REGULARIDADE E REGULARIDADE COM RESSALVAS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Transcrevo a seguir, com os ajustes de forma pertinentes, instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Controle Externo no Estado do Acre (peça 258), cujo encaminhamento teve a anuência de seu corpo diretivo (peças 259 e 260).

“INTRODUÇÃO

1. *Cuidam os autos de tomada de contas especial (TCE) decorrente da conversão do TC 008.869/2009-8, determinada por este Tribunal, mediante o Acórdão 3.401/2013-TCU-Plenário. Referido processo tratou de monitoramento do cumprimento de determinações anteriores da Corte respeitantes aos estudos, projetos e obras de implantação do Projeto de Irrigação de Flores de Goiás (PIFG) – determinações estas dirigidas ao Ministério da Integração Nacional (MI), inclusive relacionadas à pertinente TCE por ele instaurada, e à Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás (Seplan/GO), contidas nos Acórdãos 670/2009-Plenário, 5.451/2009-2ª Câmara e 3.043/2009-Plenário.*

2. *A presente TCE abrange, assim, os recursos federais utilizados no PIFG mediante oito convênios que já estavam sendo objeto de TCE no âmbito do concedente MI, mas sem seguir os prazos fixados pelo Tribunal. Tal foi o descumprimento que o Tribunal avocou a tomada de contas, convertendo o monitoramento nesta TCE, com determinação para o concedente e o controle interno enviarem suas apurações na fase que se encontravam e autorização de audiência sobre o atraso (determinações 9.5 a 9.8 do Acórdão 3.043/2013-Plenário transcritas no item 11 adiante). Todas as peças referenciadas nesta instrução (exclusive nos itens 12 a 14 e 54 adiante) são pertinentes ao processo apenso 000.879/2014-2, que corresponde à TCE instaurada pelo MI e encaminhada a este Tribunal logo após ter ciência do Acórdão 3.401/2013-Plenário.*

HISTÓRICO

Sobre o Projeto de Irrigação Flores de Goiás (PIFG) e seu financiamento

3. *Conforme consta em diversas manifestações nos autos, a exemplo da peça 2, p. 298 e peça 5, p. 7, o PIFG alcança áreas dos municípios de Formosa, São João D'Aliança e Flores de Goiás. Sua infraestrutura terá potencial irrigável para uma área de 26.500 ha. A sua concepção prevê a construção de duas grandes barragens nas extremidades da área de intervenção, nos rios Paranã e Macacão, e sete a nove barragens secundárias intermediárias contemplando também cursos d'água menores: Extrema, Porteira, Caixa, Farias, Coruja, Piripiri e Riacho Seco, interligadas por um Canal Principal de aproximadamente 110 km, ao longo do qual serão implantadas tomadas para irrigação.*

4. *O Projeto vem sendo implantado em etapas, por meio de diversos convênios firmados pelo Estado de Goiás com a União (os quatro primeiros termos foram firmados com o Ministério do Meio Ambiente e, depois, sub-rogados ao MI). A etapa I compreendeu a construção da Barragem Paranã e a etapa II, a construção da Barragem Extrema, Barragem Porteira e o trecho de canal de interligação*

dessas barragens à Barragem Paranã. O restante do Projeto deverá ser objeto de convênios futuros, dependendo dos resultados dos estudos de viabilidade do Projeto exigido pelo TCU (item 33 adiante).

5. Identificam-se nove instrumentos que disponibilizaram recursos federais para financiar o PIFG, conforme referências nos autos (peça 5, p. 6-8 e 74-99) e dados atualizados de vigência extraídos do portal da transparência do governo federal na internet:

Instrumento (nº no Siafi)	Objeto	Vigência	Recursos liberados (R\$)
82/1995 (137299)	Elaboração de estudos complementares – adequação do projeto básico do PIFG	4/1/1996 a 30/6/1998	432.000,00
83/1995 (137288)	Elaboração de estudos do PIFG – estudo de impacto ambiental (EIA) e relatório (RIMA)	4/1/1996 a 31/12/1997	108.000,00
20/1997 (325479)	Elaboração de estudos e projetos da barragem do rio Paranã do PIFG	26/9/1997 a 30/6/2001	1.122.407,18
14/1998 (349544)	Implantação da barragem Paranã e parte do canal principal — 1ª Etapa do PIFG	19/6/1998 a 31/12/2002	26.314,96 3,58
48/2001 (427061)	Implantação de parte do canal principal e da barragem Porteira — 2ª etapa do PIFG	10/10/2001 a 31/12/2011	42.307,96 4,42
281/2004 (517496)	Recuperação dos vertedouros principal e de emergência da barragem Paranã, do PIFG	28/12/2004 a 28/2/2005	3.000.000,00
69/2007 (611152)	Obras emergenciais do vertedouro complementar da barragem Paranã	7/1/2008 a 31/12/2008	500.000,00
30/2007 (622404)	Construção de vertedouro complementar na barragem Paranã	7/1/2008 a 17/9/2011	26.555,46 2,73
TC 15/2008 (652775)	Estudo de viabilidade da 3ª etapa do PIFG	7/1/2009 a 17/6/2015	1.850.000,00

Sobre o processo originador TC-008.869/2009-8 (apenso): objeto e deslinde

6. O processo que originou a presente TCE foi o TC 008.869/2009-8 e tratou do monitoramento das determinações expedidas pelo TCU mediante os Acórdãos 670/2009-Plenário, 5.451/2009-2ª Câmara e 3.043/2009-Plenário, no âmbito de fiscalizações sobre o PIFG. Anteriormente a essas, o Tribunal expedira onze deliberações plenárias pertinentes ao Projeto: Decisão 617/2002 e Acórdãos 627/2003, 862/2003, 11/2004, 908/2004, 1.631/2004, 1.189/2005, 1.709/2005, 222/2007, 2.384/2007 e 1.386/2008. Como dito, o monitoramento abrangeu particularmente as três deliberações de 2009 supracitadas.

7. Pelo Acórdão 670/2009-Plenário, o Tribunal determinara ao MI que priorizasse a TCE por ele instaurada para apurar os danos decorrentes da destruição do vertedouro de emergência da Barragem Paranã do projeto em referência e observasse os preceitos próprios da TCE: os elementos de prova/convicção definidores da responsabilidade, o nexo de causalidade entre a conduta dos responsáveis identificados e o dano e a integridade do débito (a abranger todos os recursos federais e todos os serviços relacionados com a detecção do problema e a solução adotada – estudos, obras emergenciais, restauração de vertedouros etc.).

8. Mediante o Acórdão 5.451/2009-2ª Câmara, fora determinado ao MI para que, na mesma TCE instaurada por ele, incluísse no seu objeto o Convênio 82/1995 (Siafi 137299, objetivando a

elaboração de estudos complementares do Projeto de Irrigação Flores de Goiás) e concluisse a instrução da TCE no prazo máximo de 90 dias, encaminhando à CGU, sob pena de multa.

9. Pelo Acórdão 3.043/2009-Plenário, o Tribunal determinara à Seplan/GO que adotasse providências de retificação de componentes tributários do BDI (redução de alíquota de ISSQN e remoção de IRPJ e CSLL), apurasse os valores pagos a mais em função da composição indevida e efetuasse a compensação nas faturas vincendas e/ou o ressarcimento pela contratada; e determinara ao MI que restringisse os estudos de viabilidade econômica do Projeto de Irrigação Flores de Goiás no novo patamar de custo estimado para a implantação às alternativas que contemplem a desapropriação das terras privadas, em consonância com as determinações anteriores (Decisão 617/2002-Plenário e Acórdão 222/2007-Plenário), sob pena de multa. Observa-se, no Voto do Acórdão 3.401/2013-Plenário, que já foram consideradas cumpridas as determinações dirigidas à Seplan/GO.

10. Os termos literais das determinações monitoradas constam a seguir:

Acórdão 670/2009-P:

9.1. determinar ao Ministério da Integração Nacional que, em relação à tomada de contas especial por ele instaurada para apurar os danos decorrentes da destruição do vertedouro de emergência da Barragem Paranã do Projeto de Irrigação de Flores de Goiás, ordenada por meio do Despacho Ministerial 23, de 8/10/2008, procure dar prioridade a esse procedimento, sem prejuízo de observar os preceitos a seguir:

9.1.1. a apuração dos fatos deve conter elementos de prova/convicção suficientes para se definir qual foi a conduta dos agentes públicos e demais responsáveis envolvidos (agentes solidários ou não);

9.1.2. a identificação dos responsáveis deve demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta deles e o dano;

9.1.3. a quantificação do débito deve abranger todas as despesas custeadas com recursos federais para a realização das obras emergenciais e de recuperação do vertedouro complementar da Barragem do rio Paranã, como os valores repassados pelos convênios Siafi 517496 e 611152 que tiveram essa finalidade, inclusive as despesas com os serviços técnicos realizados para a identificação dos problemas e proposta das soluções, se for o caso;

Acórdão 5.451/2009-2°C:

1.4.1. determinar ao Ministério da Integração Nacional que, em relação à tomada de contas especial instaurada por determinação do Despacho Ministerial 23, de 8/10/2008 (retificado pelo Despacho publicado no DOU em 30/4/2009), para apurar os danos decorrentes da destruição do vertedouro de emergência da Barragem Paranã do Projeto de Irrigação de Flores de Goiás:

1.4.1.1. inclua no seu objeto o Convênio 82/95 (Siafi 137299), tendo por objeto a elaboração de Estudos Complementares do Projeto de Irrigação de Flores de Goiás;

1.4.1.2. conclua a instrução da referida tomada de contas especial no prazo máximo de 90 (noventa) dias, e a encaminhe à Controladoria-Geral da União (CGU), sob pena da incidência da multa prevista no art. 58, VII, da Lei 8.443/1992;

Acórdão 3.043/2009-P:

9.2. determinar à Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás - Seplan/GO que:

9.2.1. no âmbito do Contrato 04/2008, firmado com a empresa Sobrado Construção Ltda., objetivando a contratação da obra de construção do vertedouro complementar na Barragem do Rio Paranã:

9.2.1.1. adote, no prazo de trinta dias, providências objetivando a alteração do Contrato 04/2008, se ainda vigente, no que tange à da composição do BDI, de forma a:

9.2.1.1.1. substituir a alíquota do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN para o percentual de 3% (três por cento);

9.2.1.1.2. remover as parcelas referentes ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; e

9.2.1.1.3. transferir os componentes de custos representados pelo item "Administração Local" para a planilha orçamentária, de modo a que componham os custos diretos do empreendimento;

9.2.1.2. apure os valores pagos indevidamente à contratada, pela inclusão, na taxa de bonificações e despesas indiretas - BDI, de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN com alíquota de 5%, quando o edital de licitação estipulava 3%;



9.2.1.3. efetue a compensação dos valores indevidamente pagos a título de IRPJ, CSLL e ISSQN nas faturas vincendas do contratado e, se essa medida não for possível ou suficiente, adote as providências cabíveis para o ressarcimento dos valores correspondentes; (...)

9.3. determinar ao Ministério da Integração Nacional - MI que, ao realizar os estudos de viabilidade econômica do Projeto de Irrigação Flores de Goiás no novo patamar de custo estimado para a implantação do perímetro, restrinja-os às alternativas que contemplem a desapropriação das terras privadas, em consonância com as determinações deste Tribunal prolatadas por meio da Decisão 617/2002-TCU-Plenário e do Acórdão 222/2007-TCU- Plenário, sob pena de, em caso de descumprimento desta determinação, os responsáveis serem apenados com a multa prevista no art. 58, § 1º, da Lei 8.443/1992.

11. O monitoramento das determinações sumariadas e transcritas nos itens 7 a 10 acima resultou na prolação do Acórdão 3.401/2013-Plenário, cujo teor transcreve-se abaixo com destaque para as determinações pertinentes à constituição e ao objeto da presente TCE:

9.1. aplicar a Marcelo Pereira Borges a multa de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) prevista no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal de Contas da União, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente Acórdão até a do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.2. autorizar, desde já, com fundamento no art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno/TCU, caso seja do interesse do responsável, o parcelamento da dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas, incidindo sobre cada parcela os correspondentes acréscimos legais;

9.3. autorizar a adoção da medidas pertinentes, no âmbito do Ministério da Integração Nacional, no sentido de proceder ao desconto integral ou parcelado da referida quantia nos vencimentos do servidor, com fundamento no art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992, caso esgotado o prazo fixado sem o recolhimento da multa, observados os limites previstos na legislação pertinente, incidindo, sobre cada parcela, atualização monetária calculada a partir do 1º dia após a expiração do prazo para pagamento da multa;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial do valor devido, na forma da legislação em vigor, com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, caso não atendida a notificação e na impossibilidade da efetivação dos descontos nos vencimentos do responsável;

9.5. **determinar ao Ministério da Integração Nacional que envie a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, a documentação relativa aos convênios 82/1995, 20/1997, 14/1998, 281/2004 e 69/2007, de que trata o item 9.1 do Acórdão 670/2009-TCU-Plenário e item 1.4.1 do Acórdão 5.451/2009-TCU-2ª Câmara, inclusive as prestações de contas na fase em que se encontrem, acompanhada de parecer técnico que contenha a síntese das análises realizadas até o momento, em especial quanto à identificação dos responsáveis e a quantificação do débito;**

9.6. **determinar à Controladoria-Geral da União que envie a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, o resultado da análises que tenham sido realizadas nos convênios 82/1995, 20/1997, 14/1998, 281/2004 e 69/2007 de que tratam os acórdãos supracitados;**

9.7. **converter o presente feito em tomada de contas especial, autuando-se, para tanto, na forma do art. 43 da Resolução-TCU 191/2006, processo específico para apuração dos responsáveis e quantificação do débito, ficando autorizada desde já as citações que se façam necessárias;**

9.8. **autorizar, no âmbito da tomada de contas especial, a realização de audiência de Alexandre Navarro Garcia pelo não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, ao disposto no item 1.4.1 do Acórdão 5.451/2009-TCU-2ª Câmara, nos termos do art. 58, inciso IV, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992;**

9.9. **cientificar o Ministro de Estado da Integração Nacional, nos termos do art. 198, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, da deliberação que vier a ser adotada por esta Corte de Contas;**

9.10. **encaminhar à Controladoria-Geral da União e à Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás - Seplan-GO cópia do acórdão que vier a ser prolatado, bem como do relatório e voto que o fundamentarem;**

9.11. **apensar o presente processo à tomada de contas especial que vier a ser constituída em atendimento ao disposto na alínea 9.7 deste Acórdão.**

12. Autuada a presente TCE e apensada a ela o processo de monitoramento TC 008.869/2009-8 (em cumprimento às determinações constantes dos itens 9.7 e 9.11 do Acórdão 3.041/2013-Plenário supratranscrito), os elementos apresentados pelo MI e pela CGU, em atenção às determinações que

lhes foram dirigidas (itens 9.5 e 9.6 do Acórdão 3.401/2013-TCU-Plenário - retrotranscrito), constituem as peças 4, 5 e 6 do presente processo.

13. Em suma, a CGU (na peça 6 do presente processo) apresentou histórico resumido de suas ações de controle, iniciadas em 2007, sobre o empreendimento em questão, implantação do Perímetro Irrigado de Flores de Goiás. Referentes ações incluíram fiscalização, recomendações ao órgão concedente, análise das respostas do concedente, novas recomendações e análises, emissão de relatório de auditoria nas TCE dos cinco convênios que geraram débito e respectivos certificação e encaminhamento ao MI e ao TCU.

14. O MI (nas peças 4 e 5 deste processo) informou que enviara a este Tribunal a TCE consolidada, abrangendo os convênios 82 e 83/1995, 20/1997, 48/2001 e 281/2004, protocolado no Tribunal em 11/12/2013 e que entendia, assim, supridas as determinações 9.5 e 9.6 do Acórdão 3.401/2013-Plenário.

15. A TCE referida pelos dois órgãos respondentes foi de fato enviada a esta Corte e corresponde ao TC-000.879/2014-2, o qual foi apensado ao presente processo. A organização e o conteúdo daquele processo são apresentados no subtópico seguinte.

Sobre o processo apenso TC 000.879/2014-2: organização do conteúdo

16. O TC 000.879/2014-2 corresponde à TCE consolidada, instaurada pelo MI, abrangendo oito convênios que financiaram duas etapas do PIFG (relacionados no item 5 retro), enviada a esta Corte em cumprimento às determinações pertinentes do Acórdão 3.401/2013-Plenário (itens 12 a 15 retro), a despeito do descumprimento da determinação correlata 1.4.1.2 do Acórdão 5.451/2009-2ª Câmara que foi objeto de audiência conforme sumariado em quadro específico constante do item 59 desta instrução.

17. Dos oito convênios em questão, apenas cinco resultaram em débito apurado pelo concedente. Dado a complexidade do Projeto financiado e a quantidade de instrumentos envolvidos, a TCE tornou-se bastante volumosa (44 peças e 11.495 páginas eletrônicas), sendo necessário compilar sumariamente a sua organização e distribuição de peças por convênio, conforme segue:

C convênio	Peças do TC 000.879/2014-2 no sistema e-TCU no MI)	(volume do processo original)
20 /1997	Peças 1 a 5, p. 434 (*)	(principal)
82 /1995	Peças 6 a 9	(anexo 1)
83 /1995	Peças 10 e 11	(anexo 2)
48 /2001	Peças 12-14, 43, 15-19, 20, 42, 21, 41, 22-27, 40, 28, 39, 29, 38, 30-31	(anexo 3)
28 1/2004	Peças 32, 44, 33, 36, 37, 34 e 35	(anexo 4)

(*) Parte da peça 5 (particularmente p. 336-460) trata conclusivamente de todos os convênios, ou seja, da TCE consolidada.

18. Detalham-se a seguir dados financeiros consolidados de cada um dos convênios supracitados (conforme consta da peça 34, p. 112, 143, 285-286, peça 5, p. 76, 79, 81, 100, 418-423; as datas e valores individualizados dos repasses encontram-se na tabela do item 25 adiante) e a localização de documentos importantes em dois momentos extremos: na formalização dos instrumentos (plano de trabalho e termo original) e na respectiva tomada de contas (uma das manifestações do concedente apurando/imputando débito):

Identificação dos repasses, contrapartidas e localização de documentos referenciais

C convênio (Siafi)	Repasses (R\$)	Contrapartida (R\$)	Alguns documentos referenciais	
	Previsto / efetuado / (devolvido)	Prevista / efetuada	Plano de trabalho e termo	Relatório/parecer original na TCE
82	432.000,00	48.000,00	Peça 6, p. 133-	Peça 8, p. 260-262,



Convênio (Siafi)	Repasse (R\$)	Contrapartida (R\$)	Alguns documentos referenciais	
	Previsto / efetuado / (devolvido)	Prevista / efetuada	Plano de trabalho e termo	Relatório/parecer original na TCE
20/1995 (137299)	432.000,00 (11.384,18)	46.735,09	143	especialmente 262
83/1995 (137288)	108.000,00 108.000,00 (450,00)	12.000,00 11.770,75	Peça 10, p. 116-126	Peça 11, p. 101-104, especialmente 103-104
20/1997 (325479)	1.246.489, 39 1.122.407, 18	138.498,80 124.711,90	Peça 1, p. 200-224	Peça 2, p. 360-380, especialmente p. 374
48/2001 (427061)	42.307.964 ,42 42.307.964 ,42	4.700.884,92 4.700.884,92	Peça 12, p. 169-177 e peça 14, p. 139-158	Peça 31, p. 42-48, principalmente 48
28/1/2004 (517496)	3.000.000, 00 3.000.000, 00	333.333,33 334.945,29	Peça 44, p. 31-34 e 188-194	Peça 35, p. 4-38, especialmente 22-27

Investidos ainda recursos próprios nos Convênios 20/1997 (R\$ 13.157,11) e 48/2001 (R\$ 171.200,59). Valores previstos no Conv. 20/1997 incluem os acréscimos do 4º Aditivo.

Sobre os débitos e responsabilizações reportados no relatório do tomador de contas (e nas manifestações precedentes do MI), constantes do apenso TC 000.879/2014-2

19. O relatório do tomador de contas que engloba todos os cinco convênios em tela data de 13/5/2013, denomina-se “relatório de TCE complementar nº 1/2013” e se encontra à peça 5, p. 418-434. Nele, são apresentados os dados dos convênios, é historiado o objeto dos relatórios de TCE anteriores (circunscritos ao Convênio 20/1997) e as manifestações no MI que visaram sua complementação e retificação, também motivadas por acompanhamento da CGU e determinações deste Tribunal (transcritas no item 10 retro); e, particularmente, são compiladas as conclusões técnicas e financeiras das prestações de contas de cada um dos referidos convênios.

20. Sobre o Convênio 82/1995 (objetivando estudos complementares de adequação do projeto básico do PIFG, vigente de 4/1/1996 a 30/6/1998), o MI propôs inicialmente glosa de parte dos recursos federais repassados em razão de “comprovados erros de ordem técnica dos estudos hidrológicos”. A glosa foi calculada em R\$ 64.800,00, 15% do valor repassado, visto que a parte referente aos estudos hidrológicos foi considerada representar 15% do custo total (peça 5, p. 422-423).

21. Sobre o Convênio 83/1995 (objetivando estudo de impacto ambiental – EIA e respectivo relatório – RIMA, do PIFG, vigente de 4/1/1996 a 31/12/1997), o MI originalmente propôs glosa de R\$ 54.000,00, metade do valor repassado, em razão da falta de apresentação do RIMA, considerado tal relatório como metade do objeto previsto; e mais glosa de R\$ 5.400,00, em razão do EIA apresentado não contemplar o item obrigatório “resumo das alternativas técnicas e locacionais estudadas para o sistema”, considerado tal item representar 1/10 do valor destinado ao EIA (a outra metade do objeto previsto), totalizando glosa de R\$ 59.400,00 (peça 5, p. 422-423).

22. Sobre o Convênio 20/1997 (objetivando projeto final de engenharia do PIFG, vigente de 26/9/1997 a 30/6/2001), o MI, baseado em análise de consultoria especializada que apontou falha nos estudos hidrológicos (subdimensionamento de vertedouro) como causa dos estragos sofridos pela barragem Paranã com as fortes chuvas de 2004, concluiu prejudicada a aprovação do convênio por seus objetivos não terem sido atingidos (produtos falhos), propondo a impugnação total do valor repassado, R\$ 1.122.407,18 (peça 5, p. 422 e 341-342).

23. Sobre o Convênio 48/2001 (objetivando execução das obras de implantação do PIFG – etapa II, vigente de 10/10/2001 a 31/12/2011), o MI, subsidiado por vistoria e análise documental, recomendou inicialmente a glosa de R\$ 237.465,28, correspondente aos itens/serviços não executados de rede trifásica, transformador, calhas e meios-fios (peça 5, p. 422-423; peça 31, p. 42-58).

24. Sobre o Convênio 281/2004 (objetivando recuperação dos vertedouros principal e de emergência da barragem do rio Paranã, do PIFG, vigente de 28/12/2004 a 28/2/2005), o MI inicialmente havia entendido que os serviços emergenciais haviam alcançado a finalidade de proteção da barragem Paranã até a conclusão do vertedouro complementar, mas, em razão de posicionamento da CGU e do TCU (item 9.1.3 do Acórdão 670/2009-Plenário), consignou glosa de R\$ 3.500.000,00, sendo R\$ 3.000.000,00 referentes ao convênio em tela e o restante, referente ao Convênio 69/2007, este valor histórico de R\$ 500.000,00 já devidamente restituído pelo Estado conveniente (peça 5, p. 422-423, 339 e 342-343).

25. Considerando a existência de devoluções ordinárias (não resultantes de rendimentos financeiros) de recursos federais pelo conveniente nos Convênios 82 e 83/1995 e a volumosa contrapartida prevista e aplicada no Convênio 48/2001, houve recálculo das glosas mencionadas nos itens 20, 21 e 23 retro, deduzindo-se proporcionalmente, do respectivo valor repassado, o montante devolvido em cada convênio e a contrapartida citada (peça 5, p. 423):

Co nvênio	Repases	Repas e total	Devol ução	Glosa (R\$)
82/ 1995	12/7/1996 – R\$ 132.000,00 31/12/1996 – R\$ 300.000,00	432,00 0,00	11.384 ,18	(420.615,82 x 0,15) 63.092,37
83/ 1995	12/7/1996 – R\$ 108.000,00	108,00 0,00	450,00	(107.550,00 x 0,55) 59.152,50
20/ 1997	12/12/1997 – R\$ 498.325,00 14/12/1998 – R\$ 500.000,00 21/7/1999 – R\$ 124.082,18	1.122,4 07,18	0,00	(100%) 1.122.407,18
48/ 2001	20/12/2001 – R\$ 5.964.107,21 30/10/2002 – R\$ 3.552.814,42 8/11/2002 – R\$ 2.411.292,79 28/12/2004 – R\$ 2.500.000,00 27/12/2005 – R\$ 2.500.000,00 31/8/2007 – R\$ 7.079.750,00 23/5/2008 – R\$ 9.150.000,00 25/5/2009 – R\$ 8.000.000,00 25/5/2009 – R\$ 1.150.000,00	42.307. 964,42	0,00	(237.465,28 x 0,90) 213.718,75
281 /2004	30/12/2004 – R\$ 3.000.000,00	3.000,0 00,00	0,00	(100%) 3.000.000,00

26. Tais valores de débito foram apropriados segundo o período de gestão de cada responsável, deduzindo-se proporcionalmente ainda os valores correspondentes aos rendimentos auferidos no Convênio 82/1995 (13/5/1999, R\$ 15.099,88 x 0,15) e no Convênio 83/2005 (23/12/1998, R\$ 12.569,24 x 0,55%); e repartindo proporcionalmente aos respectivos montantes ordenados no Convênio 20/1997 (peça 5, p. 342, 348-349, 417 e 423-424, 428; sobre o Convênio 20/1997, ver também peça 2, p. 222, fonte para memória de cálculo), sendo as datas retroativas ao último repasse efetuado antes de cada montante ordenado (cada gestão/solidariedade):

Responsável	Valores de débito (R\$) (*1)	Desconto/crédito (R\$) (*2)	Co nvênio

Responsável	Valores de débito (R\$) (*1)	Desconto/crédito (R\$) (*2)	Co nvenio
Ovídio Antônio de Angelis , ex-Secretário da Seplan (gestão 1/1/1995 a 7/5/1998)	31/12/1996 – 63.092,37	13/5/1999 – 2.264,98	82 /1995
	12/7/1996 – 59.152,50	23/12/1998 – 6.908,22	83 /1995
	12/12/1997 – 148.898,01	-	20 /1997
	30/12/2004 – 3.000.000,00	-	28 1/2004
Wellington Carlos da Silva , ex-Secretário da Seplan (gestão 7/5 a 4/6/1998) e Chefe de Gabinete de Ovídio Antônio de Ângelis e de Ângelo Rosa Ribeiro	31/12/1996 – 63.092,37	13/5/1999 – 2.264,98	82 /1995
	12/7/1996 – 59.152,50	23/12/1998 – 6.908,22	83 /1995
	12/12/1997 – 99.265,76	-	20 /1997
	12/12/1997 – 200.528,35	-	20 /1997
	14/12/1998 – 146.901,78	-	20 /1997
	30/12/2004 – 3.000.000,00	-	28 1/2004
Ângelo Rosa Ribeiro , ex-Secretário da Seplan (gestão 4/6/1998 a 1/1/1999)	12/12/1997 – 49.632,88	-	20 /1997
	12/12/1997 – 200.528,35	-	20 /1997
	14/12/1998 – 146.901,78	-	20 /1997
	30/12/2004 – 3.000.000,00	-	28 1/2004
Giuseppe Vecchi , Secretário da Seplan (gestões 1/1/1999 a 1/1/2003 e a partir de 1/1/2011) (*3)	14/12/1998 – 353.098,22	-	20 /1997
	21/7/1999 – 124.082,18	-	20 /1997
	30/12/2004 – 3.000.000,00	-	28 1/2004
Oton Nascimento Júnior , ex-Secretário da Seplan (gestão 18/3/2008 a 1/1/2011)	25/5/2009 – 213.718,75	-	48 /2001
Antônio Alberto Basilio , ex-Diretor da Diretoria de Programas e Projetos – DPP (período de gestão não definido)	31/12/1996 – 63.092,37	13/5/1999 – 2.264,98	82 /1995
	12/7/1996 – 59.152,50	23/12/1998 – 6.908,22	83 /1995
	30/12/2004 – 3.000.000,00	-	28 1/2004

(*1) Os valores em itálico estão repetidos por se referirem à responsabilidade solidária entre os envolvidos. A solidariedade nos débitos do Conv. 281/2004 alcançou os gestores da Seplan à época dos convênios com execução falha de seu objeto (estudos e projeto), convênios 82/1995 e 20/1997, que motivaram o objeto do Conv. 281 (ações emergenciais). Os valores de débito do Conv. 20/1997 foram repartidos “com base nos montantes gastos compreendidos entre os períodos das respectivas gestões e conforme comprovado nas prestações de contas parciais e final apresentadas pela Seplan” (peça 5, p. 341).

(*2) Os valores de crédito são proporcionais à devolução de rendimentos havida em cada convênio: Conv. 82/1995, 15% da quantia de rendimentos restituídos (R\$ 15.099,88) e Conv. 83/1995, 55% da quantia de rendimentos restituídos (R\$ 12.560,40). O Conv. 48/2001 também apresentou restituição de rendimentos financeiros (R\$ 1.940.632,85), porém não tem reflexo sobre o débito imputado por este se tratar de serviços não executados, distintamente dos débitos nos Conv. 82 e 83 (serviços não aprovados).

(*3) A Lei estadual 17.257, de 25/1/2011, dispôs sobre a reforma administrativa do Estado de Goiás, restando atribuída à Secretaria de Agricultura, Pecuária e Irrigação (Seagro) jurisdição sobre o PIFG (peça 5, p. 77, 79, 91, peça 9, p. 30)

27. A responsabilização do titular da Seplan nas diversas gestões havidas fundamenta-se, segundo o MI, pelas obrigações da conveniente prescritas nos termos de convênio (a exemplo do item II da cláusula 2ª do Convênio 20/1997 - peça 1, p. 202-206), sendo a Seplan executora e representante

do Governo de Goiás conveniente; e tendo os secretários da Seplan ordenado despesas, convalidado prestações de contas e até, em alguns casos, participado diretamente dos trâmites técnicos de formalização das avenças, conforme anotado à peça 5, p. 424-425, avenças essas parciais ou mal executadas. O MI entendeu discricionário ao TCU arrolar responsabilidade solidária das empresas Manning Engenharia Projetos e Obras Ltda. (Conv. 83/1995) e Geoserv Serviços de Geotécnica e Construção Ltda. (Conv. 82/1995 e 20/1997), limitando-se a enquadrar e justificar a responsabilidade dos agentes públicos conforme segue (peça 5, p. 425-427, vide esclarecimento técnico à p. 286):

Convênio (*)	Responsável	Conduta
82/1995 (peça 7, p. 3-176)	Ovídio Antônio de Ângelis	Ex-secretário da Seplan: assinou o plano de trabalho e o termo de convênio, executou o convênio, ordenou despesas, assinou contrato com a GEOSERV, assinou a ordem de serviço
	Wellington Carlos da Silva	Ex-secretário e ex-chefe de gabinete da Seplan: representou o conveniente e contratante na parte final do convênio e do contrato, autorizou o cumprimento de ordens de créditos
	Antônio Alberto Basílio	Diretor da Diretoria de Programas e Projetos (DPP) à época: membro da comissão de licitação responsável pela contratação da Geoserv, aprovou as medições, atestou e solicitou pagamentos a Geoserv
83/1995 (peças 10 e 11)	Ovídio Antônio de Ângelis	Ex-secretário da Seplan: assinou plano de trabalho e termo de convênio, executou o convênio, ordenou despesas, adjudicou a licitação à empresa Manning
	Wellington Carlos da Silva	Ex-chefe de gabinete da Seplan: autorizou o cumprimento das ordens de créditos
	Antônio Alberto Basílio	Diretor da Diretoria de Programas e Projetos (DPP) à época: atestou e solicitou pagamentos a Manning
20/1997 (peças 1, 2 e 5, p. 232-335)	Ovídio Antônio de Ângelis	Ex-secretário da Seplan e secretário especial de políticas regionais: assinou o termo de convênio e aditivo, ordenou despesas e homologou a licitação
	Wellington Carlos da Silva	Ex-secretário da Seplan e chefe de gabinete de Ângelo Rosa Ribeiro: assinou o plano de trabalho e o 2º aditivo, ordenou despesas
	Ângelo Rosa Ribeiro	Ex-secretário da Seplan: assinou o 3º aditivo, ordenou despesas
	Giuseppe Vecchi	Ex-secretário da Seplan e atual secretário: solicitou liberação de recursos federais, assinou o 4º, 5º e 6º aditivos ao convênio e o 1º e 2º aditivos ao contrato 4/1997, ordenou despesas
48/2001 (peça 31, p. 42-48)	Oton Nascimento Júnior	Ordenador de despesas a partir de março/2008, não executou os serviços/obras de acabamento/finalísticos rede trifásica, transformador, calhas e meio fios, conforme relatório de vistoria de 1/11/2012
281/2004 (peça 5, p. 342-343)	Ovídio Antônio de Ângelis	Ex-secretário da Seplan: sua gestão abrangeu os convênios 82 e 83/95 e 20/97, de execução falha, que motivou obras emergenciais pelo Convênio 281
	Ângelo Rosa Ribeiro	Ex-secretário da Seplan: sua gestão abrangeu a vigência dos convênios 82/95 e 20/97, de execução falha, que motivou obras emergenciais pelo Convênio 281
	Wellington Carlos da Silva	Chefe de gabinete de Ângelo Rosa Ribeiro e ex-secretário da Seplan: sua gestão abrangeu os convênios 82/95 e 20/97, de execução falha, que motivou obras emergenciais pelo Convênio 281
	Giuseppe Vecchi	Secretário atual da Seplan: sua gestão abrangeu o convênio 20/97, de execução falha, que motivou obras emergenciais pelo Convênio 281
	Antônio Alberto Basílio	Diretor de Programas e Projetos (DPP) à época dos Convênios 82 e 83, de execução defeituosa, que suscitou a necessidade do Conv. 281



(*) localização dos documentos comprobatórios dos motivos/nexos de causalidade das respectivas responsabilizações.

28. Além dos seis responsáveis mencionados acima, outros agentes públicos foram ouvidos pelo concedente, particularmente sobre o Convênio 20/1997 e inclusive ex-governadores, ao fim não responsabilizados, como ilustra o parecer à peça 34, p. 116-132. As últimas notificações abrangeram os nominados retro (que foram responsabilizados pelo concedente) e se encontram relacionadas à peça 5, p. 428-432.

Sobre as manifestações finais do controle interno e do MI constantes do TC 000.879/2014-2

29. A Controladoria Geral da União (CGU), em seu relatório de auditoria sobre as contas em tela (peça 5, p. 439-446), endossou as conclusões processantes do MI, certificando a irregularidade das contas e emitindo parecer no mesmo sentido (peça 5, p. 447-448). Seguiu-se a manifestação ministerial sobre a ciência das conclusões e deslinde da TCE (peça 5, p. 457). Todas as peças citadas são do processo apenso em referência.

Análise proferida em instrução inicial na Secex/GO (peça 7) [com adequações]

I – Do cumprimento das determinações relativas à TCE instaurada pelo MI

30. Conforme se depreende das determinações transcritas nos itens 10 e 11 retro, as determinações 9.5 e 9.6 do Acórdão 3.401/2013-Plenário mencionam cinco convênios (82/1995, 20/1997, 14/1998, 281/2004 e 69/2007), enquanto a determinação 9.1.3 do Acórdão 970/2009-Plenário faz alusão a todos os convênios (que são oito: 82 e 83/1995, 20/1997, 14/1998, 48/2001, 281/2004, 30 e 69/2007). Por outro lado, a TCE instaurada pelo MI impugnou a prestação de contas de apenas cinco convênios (itens 17, 18 ou 25), o que poderia levar à conclusão de ter havido cumprimento falho e parcial das determinações pertinentes do TCU.

31. A leitura atenta dos autos, no entanto, revela completude formal de análise, ou seja, a consideração na TCE instaurada pelo MI de todos os instrumentos firmados com o governo goiano para financiar o PIFG. Manifestações técnicas no âmbito do concedente levaram à exclusão final dos Convênios 30 e 69/2007 da TCE, pelas respectivas razões transcritas a seguir (parecer financeiro de 18/4/2013 à peça 5, p. 339 e 343):

Convênio 30/2007 (construção do vertedouro complementar)

(...) aprovar a PCF do Convênio 30/2007-MI, no importe de R\$ 30.386.098,42, sendo R\$ 26.180.127,21 de recursos federais, R\$3.000.000,00 de contrapartida, R\$ 207.847,97 de recursos próprios e R\$ 351.873,61 de rendimentos, além de R\$ 646.249,63 recolhidos à União (R\$375.335,52 recursos federais e R\$ 270.914,11 de rendimentos financeiros) declarando, com base na legislação pertinente, que os recursos tiveram boa e regular aplicação, fato que não exime o responsável de prestar quaisquer informações que venham a ser requeridas pelos órgãos de controle da União.

Convênio 69/2007 (obras emergenciais do vertedouro complementar)

Os R\$ 500.000,00 correspondentes aos recursos federais transferidos foram recolhidos ao Tesouro Nacional, conforme comprovante de pagamento do Banco do Brasil de 15/9/2010 (fl. 616) (...), acrescidos de atualização e juros monetários, resultando no montante de R\$ 660.508,00, foram integralmente recolhidos aos cofres da União, passando a responsabilidade de reparação do dano, conforme orientação da Controladoria Geral da União, ao Estado de Goiás, ou quando do julgamento das contas pela Egrégia Corte de Contas.

32. No mesmo sentido, sobre o instrumento que financiou a obra em parte defeituosa/subdimensionada, Convênio 14/1998 (construção da barragem Paranã e de parte do canal principal), o MI concluiu pela sua regularidade (idem, peça 5, p. 338-339 e 342):

(...) o vertedouro de serviço não foi substituído, mas sim, complementado..., ou seja, não houve perda das obras e serviços... Portanto, do ponto de vista técnico, não cabe glosa do vertedouro de serviço, uma vez que a obra não foi substituída, mas sim complementada. (...) a Senir aprovou integralmente a execução física da avença, motivo pelo qual e com base na análise financeira, o senhor ordenador de despesas aprovou, com ressalva, a prestação de contas final no valor de R\$ 29.406.269,22, sendo R\$ 26.314.963,58 de recursos federais, R\$ 2.924.765,61 de contrapartida, R\$ 53.909,91 de recursos próprios e R\$ 78.142,14 de rendimentos financeiros aplicados no objeto, além de R\$ 34.487,98 recolhidos aos cofres públicos.

33. Ainda, poder-se-ia mencionar o Termo de Compromisso 15/2008 (Siafi 652775) referenciado nos autos sem detalhamento (item 4 retro). Mas, além de estar vigente até 17/6/2015,



sua inclusão na TCE seria impertinente por seu objeto ter-se enquadrado como condição para a continuidade do financiamento do PIFG com recursos federais e ainda se enquadrar como verificação da oportunidade que tal financiamento ocorra, implementando a terceira etapa do projeto, a teor dos Acórdãos do Plenário do TCU 617/2002, 222/2007, 2.216/2009 e 3.043/2009.

34. Desse modo, as determinações do Tribunal relativas à instauração, processamento e envio da TCE sobre os convênios financiadores do PIFG podem ser consideradas formalmente cumpridas. Com efeito, todos os instrumentos financiadores de estudos ou obras do PIFG foram considerados, sendo a exclusão de débito relativo aos Convênios 14/1998, 30/2007 e 69/2007 razoáveis, eis que a análise ministerial apontou, no primeiro convênio (item 32 retro), complementaridade (reforço) das obras executadas (com deficiente projeto) com outras obras (dos convênios seguintes), sem perda dos serviços objeto do convênio em tela; no segundo (item 31 retro), regular execução dessas obras complementares; e no terceiro (item 31 retro), restituição pelo Estado conveniente do valor integral recebido.

35. Tal razoabilidade entende-se também quando se examina em conjunto os diversos convênios e os valores de débito imputados. Por exemplo, os gastos mais diretamente suscitados por falhas de estudos e projeto (subdimensionamento de vazão do vertedouro principal da barragem Paranã), previsto no Convênio 20/1997, são logicamente os efetuados mediante os Convênios 281/2004 e 30 e 69/2007, conforme mesmo a literalidade de seus respectivos objetos (item 5 retro). Neste sentido, o MI ponderou sobre a existência de débitos nesses quatro instrumentos citados (além do Convênio 48/2001).

II – Do deslinde meritório na TCE instaurada pelo MI – TC-000.879/2014-2 (apenso)

36. Neste subtópico examinam-se as responsabilizações e respectivos débitos definidos pelo concedente e ratificados pelo controle interno, sumariados nos itens 20 a 29 retro. O exame é feito por convênio nos itens seguintes.

Convênio	Objeto: estudos complementares do PIFG, readequação do projeto básico	Vigência:	Repasse:
82/1995 (137299)		4/1/1996 a 30/6/1998	R\$432.000,00

37. Conforme item 20 retro, o débito proposto no Convênio 82/1995 decorre de falha no estudo hidrológico, causa básica original do subdimensionamento do vertedouro em projeto e na obra, sendo tal estudo calculado em 15% do objeto pactuado. Diante da evidente importância dos aspectos hidrológicos nos estudos de readequação do projeto básico do PIFG, mostra-se razoável (inclusive sob o prisma do princípio que considera a dúvida em favor do réu) tal percentual atribuído aos estudos hidrológicos em causa.

38. Também se mostra acertada a forma de cálculo que prevê a redução do débito proporcionalmente aos recursos federais não utilizados (item 25 retro) e, ainda, o desconto proporcional dos rendimentos auferidos/devolvidos, considerando as correspondentes datas do último repasse efetuado e da restituição, resultando nos valores de R\$ 63.092,37 em 31/12/1996 como débito e de R\$ 2.264,98 em 13/5/1999 como crédito (item 26 retro).

39. Acerca das responsabilizações de Ovídio Antônio de Ângelis, Wellington Carlos da Silva e Antônio Alberto Basílio (itens 26 e 27 retro), considerando que a atuação desses agentes abrangeu o período em que vigeu o convênio em tela (4/1/1996 a 30/6/1998) e considerando os nexos de causalidade mencionados (os dois primeiros, ordenadores de despesa, titulares do órgão executor e contratante, o terceiro, titular da instância técnica do contratante, licitador e atestante de medições, condições que conferem responsabilidades respectivas inclusive in eligendo e in vigilando e in procedendo) revela-se criteriosa a inclusão desses agentes como responsáveis solidários pelo débito em questão, juntamente com a empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda., contratada para realizar os estudos complementares em questão (responsabilização esta aventada pelo próprio MI – peça 5, p. 350). Note-se que é responsabilidade do gestor, enquanto conveniente e contratante, de forma direta ou por preposto/representante, acompanhar a fiel execução do objeto conveniado e contratado, a teor do disposto na Lei 8.666/1993, artigos 66, 67, caput e 76, o que

reforça os tipos de culpa mencionados, especialmente a culpa in vigilando. Note-se, ainda, que a assinatura do administrador público em contratos, convênios, empenhos, ordens bancárias, cheques e demais instrumentos de administração não é meramente decorativa, visa garantir a responsabilidade do assinante (relatório do Acórdão 566/2008-1ª Câmara e voto do Acórdão 344/2007-Plenário).

Conv. 83/1995 (137288)	Objeto: elaboração de estudos do PIFG – estudo de impacto ambiental (EIA) e relatório (RIMA)	Vigência: 4/1/1996 31/12/1997	a e: R\$108. 000,00

40. Conforme item 21 retro, o débito proposto no Convênio 83/1995 decorre das ausências do RIMA e de item importante no EIA, sendo tais partes descumpridas calculadas como 50% e 5% do montante total do objeto pactuado. Similarmente ao abordado nos itens 37 e 38 retro, a razoabilidade mostra-se presente nesta quantificação de débito, inclusive porque dele descontado proporcionalmente os valores restituídos e de rendimentos (itens 25 e 26 retro), resultando as quantias de R\$ 59.152,50 em 12/7/1996 (débito) e R\$ 6.908,22 em 23/12/1998 (crédito).

41. Acerca das responsabilizações de Ovídio Antônio de Ângelis, Wellington Carlos da Silva e Antônio Alberto Basílio pelo débito em questão (itens 26 e 27 retro), é aplicável a mesma consideração exposta no item 39 retro, excluindo-se a empresa lá mencionada para incluir a empresa Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda., contratada para execução do objeto conveniado (responsabilização esta aventada pelo próprio MI – peça 5, p. 350).

Conv.20 /1997 (325479)	Objeto: elaboração de estudos e projetos finais da barragem do rio Paranã do PIFG	Vigência: 26/9/1997 30/6/2001	a Repasse: R\$1.122.407,18

42. Conforme item 22 retro, o débito proposto no Convênio 20/1997 remonta à falha nos estudos hidrológicos projetando vertedouro principal subdimensionado, que levou aos estragos sofridos pela barragem Paranã; assim, o defeituoso projeto final ensejaria glosa total do valor transferido ao governo goiano (R\$ 1.122.407,18). Contudo, tal quantificação de débito afigura-se desproporcional, posto que reprova todo o projeto e não parte dele, ou seja, corresponde à impugnação de todos os estudos e componentes do projeto final de engenharia e não apenas aqueles estudos e componentes relacionados ao dimensionamento da vazão do vertedouro principal. Mostra-se bem mais equitativa a quantificação do débito em 20% do total repassado, por estimativa conservadora, considerando a relevância dos estudos hidrológicos para o PIFG, como para qualquer projeto de barragem e considerando as seguintes proporcionalidades referenciais: (1) a barragem afetada, Paranã, de longe a de maior porte dentre as duas principais previstas, representando, por exemplo, quase 1/3 da área de serviços topográficos (peça 1, p. 304-306); (2) a afetação da terça parte do PIFG, quando se considera a barragem Paranã compondo a 1ª das três etapas previstas, que se arrastou até a conclusão da 2ª etapa praticamente (vide vigências no quadro do item 5 retro); (3) a representatividade do estudo “Hidroedafoclimático” no “relatório técnico de cumprimento do objeto” (peça 2, p. 266), sendo um item/volume dentre sete produtos principais (Pedologia, Hidroedafoclimático, Planejamento agrícola, Orçamento e especificações, Obras complementares, Áreas de desapropriação e Projetos, plantas, desenhos e mapas), mas tendo primazia como elemento natural que compõe, antecede e subsidia outros itens/volumes, como Pedologia, Planejamento agrícola e Projetos. Na falta de elementos mais precisos, consideram-se esses três fatores para, de forma aproximada, conservadora e favorável aos responsáveis, reduzir a glosa total de 100% para 20%.

43. Dessa forma, em vez do débito proposto de R\$ 1.122.407,18, correspondente à totalidade do repasse (itens 25 a 27 retro), propõe-se a imputação de 20% daquele – ou seja, R\$ 224.481,44 –, a ser imputado de forma em parte solidária e em parte individual aos agentes públicos envolvidos, seguindo a linha metodológica adotada pelo concedente, que observou condições correlatas de responsabilidade dos agentes, enquanto signatários do termo ou aditivo(s), consumidores de atos

licitatórios/contratuais e/ou ordenadores de despesas: Ovídio Antônio de Ângelis, Wellington Carlos da Silva, Ângelo Rosa Ribeiro e Giuseppe Vecchi. Lembre-se a responsabilidade in eligendo e in vigilando desses agentes decorrente da obrigação legal de o órgão conveniente, licitante e contratante acompanhar, fiscalizar e comprovar a execução fiel do objeto conveniado/contratado. Acresça-se o responsável Antônio Alberto Basílio entre os solidários, em razão da sua responsabilidade técnica e fiscal nos convênios congêneres subsidiários (82 e 83/1995), da sua participação ao menos prévia à formalização do convênio (peça 1, p. 30, 170) e da contemporaneidade parcial das correspondentes vigências. A apropriação dos valores individuais e solidários segue a lógica da memória de cálculo do MI (peça 5, p. 417; itens 25 e 26 retro), mas considera (favoravelmente aos responsáveis e buscando simplificação) a data de cada débito como a do último dia da gestão respectiva e não a data do respectivo crédito na conta (que implicaria na inconsistência de data de débitos anteriores ao início da gestão de alguns responsáveis):

Responsáveis	Total ordenado (R\$)	Valores de débito (20% do ordenado)	Data
Ovídio Antônio de Ângelis , ex-Secretário da Seplan (gestão 1/1/1995 a 7/5/1998)	148.898,01 (13,27%)	R\$ 29.779,60	7/5/1998
Wellington Carlos da Silva , ex-Secretário da Seplan (gestão 7/5 a 4/6/1998) e Chefe de Gabinete de Ângelo Rosa Ribeiro	99.265,76 (8,84%)	R\$ 19.853,15	4/6/1998
Ângelo Rosa Ribeiro , ex-Secretário da Seplan (gestão 4/6/1998 a 1/1/1999)	49.632,88 (4,42%)	R\$ 9.926,58	1/1/1999
Ângelo Rosa Ribeiro , ex-Secretário da Seplan (gestão 4/6/1998 a 1/1/1999) e Wellington Carlos da Silva (Chefe de Gabinete)	347.430,13 (30,95%)	R\$ 69.486,03	1/1/1999
Giuseppe Vecchi , Secretário da Seplan (gestões 1/1/1999 a 1/1/2003 e a partir de 1/1/2011) (o Convênio 20/1997 expirou em 30/6/2001)	477.180,40 (42,51%)	R\$ 95.436,08	30/6/2001
Antônio Alberto Basílio , ex-Diretor da Diretoria de Programas e Projetos – DPP	1.122.407,18 (100%)	nos valores e datas acima, solidariamente com os demais responsáveis (R\$ 224.481,44)	

44. Ademais, revela-se patente e óbvia a responsabilidade da empresa contratada para executar o objeto conveniado, **Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.**, em razão da relação mais direta de causalidade entre o agente e o dano, e segundo várias manifestações de diversas fontes constantes dos autos, transcritas a seguir. Referida empresa subcontratou a S&B Consultores (CNPJ 02.280.837/0001-67), conforme leitura de algumas transcrições abaixo, de onde se extrai que o projeto executivo de engenharia do PIFG formulado pela Geoserv (em novembro/2000) compreende e é embasado pelos estudos hidrológicos da barragem do rio Paranã realizados pela S&B Consultores (em fevereiro/2000). A responsabilidade primeira, no entanto, é da contratada, segundo se depreende da Lei 8.666/1993 (que não prevê sub-rogação) e de acordo com a jurisprudência desta Corte (Acórdão 1.878/2005-Plenário, Acórdão 4.270/2012-1ª Câmara etc.).

- Nota técnica do MI, de 26/8/2004 (peça 32, p. 169):

• Apenas dois postos pluviométricos, com séries menores que 25 anos, serviram de base para a análise hidrológica. Não está sendo questionada a metodologia utilizada na condução dos estudos hidrológicos aqui tratados, entretanto não se pode deixar de considerar que a exiguidade de informações hidrológicas poderá levar a resultados não representativos da bacia.

• Os estudos hidrológicos realizados para o projeto da Barragem do Paranã, e sua revisão, apresentados à SIH/MI pela SEPLAN-GO, são aqui considerados inconsistentes e, conforme se observa nas análises realizadas por este Ministério, não trazem segurança a esta obra.

• Como agravante, constatou-se que o Estado não construiu o vertedouro de emergência como indicado pela hidrologia. De acordo com os estudos hidrológicos, esse vertedouro deveria ter 100 m de comprimento e

um dique fusível com 1 m de altura acima de uma soleira em solo estável. A soleira em solo estável estaria na mesma cota da soleira do vertedouro principal.

- Recomenda-se que seja contratada uma consultoria para realização de novos estudos hidrológicos e hidráulicos para a barragem do Paranã, que sejam consistentes e confiáveis, e na sequência, dentro da mesma consultoria, seriam elaborados os projetos para recuperação do vertedouro principal existente e para execução do vertedouro auxiliar.

- Entretanto, dado a insegurança em que se encontra atualmente a Barragem do Paranã, é recomendável que alguma medida emergencial seja adotada antes da próxima estação de chuvas, referente principalmente ao vertedouro auxiliar, de modo que aumente satisfatoriamente a garantia de não rompimento desse maciço.

- Despacho do Coordenador Geral de Convênios s/d, 2010 (peça 4, p. 196):

O supracitado parecer da SIH ressalta posição, em 2004, da empresa S & B, acerca de reavaliação do Projeto Executivo da Barragem do Rio Paraná, cujo insucesso e consequências (destruição do vertedouro de emergência) são os motivos principais dessa peleja onde se busca identificar os responsáveis. Verifica-se, nesse laudo técnico, transcrição de esclarecimentos apresentados pela GEOSERV, dos quais destacamos: "1) Os estudos hidrológicos originais de nossa autoria, elaborado em fevereiro de 2000, apresentam de fato um subdimensionamento da vazão de projeto do sangradouro, em virtude dos seguintes fatos..."

- Nota técnica de 23/7/2010 (peça 37, p. 50):

Adicionalmente, anexa-se ao processo fato relevante que são os expedientes encaminhados à projetista Geoserv pela empresa que elaborou os estudos hidrológicos (S & B Consultores) as folhas 987 a 995. Tais correspondências foram encaminhadas anexas à defesa apresentada pelo Sr. Secretário de Planejamento do Estado de Goiás no âmbito do Convênio 020/97 (processo nº 02000.001248/97-56) e corroboram o explicitado pelos Consultores Especialistas Prof. Antônio Miranda e Prof. Nelson L. de S. Pinto em relatório elaborado pelos mesmos de que realmente ocorreu um subdimensionamento na vazão no projeto do vertedouro da Barragem Paranã (fls. 211 a 220). Como já explicitado pela área técnica, os serviços contemplados no presente Convênio não teriam necessidade de serem efetuados, caso o vertedouro principal da Barragem Paranã (que foi implantado no âmbito do Convênio 014/98) fosse projetado na dimensão correta.

- Nota técnica de 14/12/2010 (peça 34, p. 149):

Com relação ao item Justificativas contidas no Ofício do Sr. José Carlos Siqueira (fls. 1038 a 1043) e do Sr. Marconi Ferreira Perillo (fls. 1055 a 1060), essa área técnica tem a comentar que, em relação ao subdimensionamento da barragem, o fato é comprovado por meio dos documentos anexos à defesa apresentada pelo atual Secretário de Planejamento do Estado de Goiás, Sr. Oton Nascimento Júnior, no âmbito do Convênio nº 020/97 (processo nº 02000.001248/97-56) e que foram apensos ao presente processo às folhas 987 a 995. São expedientes datados de junho de 2004 e encaminhados à projetista Geoserv pela empresa que elaborou os estudos hidrológicos (S & B Consultores) admitindo o subdimensionamento e que corroboram o já explicitado pelos Consultores Especialistas Prof. Antonio Miranda e Nelson L. de S. Pinto em relatório por eles elaborado que se encontra às folhas 211 a 220 do presente processo.

Adicionalmente, anexa-se ao processo ata de reunião ocorrida em 19 de janeiro de 2000 (fls. 1134 e 1135), documento esse que também se encontra anexo ao processo nº 02000.002474/98-71 (Convênio nº 014/98), em que este Ministério questiona a metodologia utilizada pela projetista Geoserv para dimensionamento do projeto. Foi acordado naquela reunião que a projetista iria contratar um hidrólogo para refazer os estudos de vazões.

Esclarece-se que a responsabilidade pela segurança e otimização do projeto, bem como a obediência às normas vigentes é de exclusiva responsabilidade do Conveniente, dos projetistas e dos consultores por ele contratados. Ao MI cabe verificar o atingimento das metas estabelecidas no Plano de Trabalho de acordo com o Termo de Convênio pactuado.

- Nota técnica do MI em 5/7/2011 (peça 34, p. 191):

Em decorrência de uma falha de dimensionamento nos estudos hidrológicos da Barragem Paranã, houve um subdimensionamento do vertedouro principal da barragem. Este fato foi comprovado pelos consultores especialistas Antônio Miranda e Nelson Pinto, em relatório técnico por eles elaborado (folhas 211 a 220 do Processo 59100.000223/2004-23). Além disso, a própria empresa projetista - Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. - recebeu de sua subcontratada para estudos hidrológicos (S&B Consultores) expedientes de junho de 2004, admitindo o subdimensionamento (folhas 987 a 995 do Processo 59100.000223/2004-23).

- Correspondência da S&B Consultores para a Geoserv em 6/6/2004 (peça 37, p. 42-43):

Os estudos hidrológicos originais de nossa autoria, elaborado em fevereiro de 2000, apresentam de fato um subdimensionamento da vazão de projeto do sangradouro em virtude dos seguintes fatos: (...)

Diante destes fatos, vimos apresentar à GEOSERV as seguintes conclusões:

1) o sistema de sangria projetado para a barragem do Rio Paranã, para urna cheia milenar de uma tormenta maximizada, à luz dos novos dados e considerações de projeto, não apresenta estabilidade, para a obra;

2) faz-se necessária a ampliação do sangradouro, para o qual sugerimos a adoção de uma soleira vertente em labirinto, permitindo ampliar a extensão da lâmina vertente, sem necessidade de ampliar-se a largura real do sangradouro.

- Correspondência da S&B Consultores para a Geoserv em 16/6/2004 (peça 37, p. 47):

Tais exemplos estou lhe confidenciando sem querer impor nossa convicção, apenas como uma forma de sugerir uma reflexão por parte de sua equipe técnica sobre a necessidade de se projetar um sistema de sangria mais eficiente para a barragem do rio Paranã, pois assumimos que a primeira avaliação do projeto executada no ano de 2000 foi equivocada, com base na insuficiência de dados disponíveis para uma melhor avaliação àquela época. Daí que, em virtude desses fatos, continuo a sugerir uma revisão técnica do projeto de sangradouro com base numa opção estrutural de maior capacidade de vertimento como vertedor do tipo labirinto ou sistema auxiliar tipo tulipa etc.

Conv.4 8/2001 (42706 1)	Objeto: implantação de parte do canal principal e da barragem Porteira, 2ª etapa do PIFG	Vigência: 10/10/2001 31/12/2011	Repasse: R\$42.307.964,42

45. Conforme item 23, 25 e 26 retro, o débito imputado pelo MI no Convênio 48/2001, correspondeu a itens/serviços pactuados que não foram executados, importando o valor de R\$ 213.718,75 na data base dos últimos repasses efetuados, 25/5/2009, após considerada a proporcionalidade de 9/10 dos recursos federais avançados, o que se mostra pertinente, particularmente porque tal imputação fora subsidiada por vistorias na obra, que detectou a não realização dos serviços.

46. Também se mostra apropriada a responsabilização do ex-chefe da Seplan Oton Nascimento Júnior efetuada pelo MI (itens 26 e 27 retro), diante da vigência do convênio, abarcando a sua gestão, na qual foram recebidas grandes quantias pelo convênio (item 25 retro), e diante das características de acabamento e implantação em fase final dos itens/serviços faltantes (rede trifásica, transformador, calhas e meio fios), observado que os últimos pagamentos relacionados na prestação de contas final ocorreram em maio/2010, ainda durante a sua gestão, conforme peça 27, p. 191.

47. Este último fato mencionado (derradeiros pagamentos em maio de 2010) justifica, inclusive, a não inclusão dos responsáveis pelo convênio após a saída de Oton Nascimento Júnior da Seplan: Giuseppe Vecchi, em janeiro/2011, enquanto titular da Seplan; e Antônio Flávio Camilo de Lima, de fevereiro a dezembro/2011, enquanto titular da Seagro e prestador das contas respectivas, considerada a assunção das obrigações do termo pela Seagro por força da Lei goiana 17.257, de 25/1/2011 (vide tabela do item 26 retro e sua observação 3).

Conv.28 1/2004 (517496)	Objeto: recuperação dos vertedouros principal e de emergência da barragem Paranã, do PIFG	Vigência: 28/12/2004 28/2/2005	Repasse: R\$3.000.000,0 0

48. Conforme item 24 retro, o débito imputado pelo MI no Convênio 281/2004, correspondeu à totalidade dos recursos repassados (R\$ 3.000.000,00 em 30/12/2004) em razão de seu objeto e consequentes dispêndios terem sido suscitados pela falha de estudo e projeto do vertedouro principal da barragem Paranã, ou seja, pela deficiência parcial na execução dos Convênios 82/1995 e 20/1997.

49. Tratar-se-ia de análise compilada e integrada dos fatos, exame dos convênios em conjunto, a revelar que os dispêndios adicionais (de recuperação dos vertedouros principal e de emergência da barragem Paranã) foram devidos ao estudo, projeção e execução falhos dos vertedouros em tela, particularmente o principal. Mostrar-se-ia adequada tal abordagem, não fossem as seguintes circunstâncias: (i) apesar do item 9.1.3 do Acórdão 670/2009-Plenário (transcrito no item 10 retro), o

dispêndio pelo Convênio 281/2004 foi aprovado tecnicamente, inclusive pelo TCU, para evitar maiores prejuízos ao empreendimento e à população; (ii) se o objeto do referido convênio foi devidamente executado, não há que se falar em débito; (iii) a CGU posicionou-se firmemente pelo débito retornando os autos a reexame do MI (em parecer que historia os dois convênios firmados para obras emergenciais e paliativas contra os problemas oriundos do vertedouro subdimensionado, o Convênio 281/2004 em tela e o Convênio 69/2007 – vide transcrição no item seguinte extraída da peça 34, p. 251-254) premido pelas constantes deliberações do Tribunal sobre as obras (que lhes foram encaminhadas com cópia do respectivo acórdão, relatório e voto), principalmente a constante do supracitado item 9.1.3, possivelmente atribuindo à expressão “a quantificação do débito deve abranger todas as despesas custeadas com recursos federais” um sentido de maximização da quantidade de convênios alcançados pelo débito, em detrimento do sentido puro e simples da exaustividade de análise.

50. A transcrição de trecho do parecer do controle interno, concluindo pelo retorno dos autos da TCE ao concedente e instaurador para reavaliação e inclusão do débito em tela, é ilustrativa dos fatos e das inconsistências de análise da CGU (as circunstâncias i/ii/iii retro que patenteiam a inadequação da abordagem supostamente integrada):

4. Ocorre que a enxurrada provocou danos aos gabiões do vertedouro principal, que junto com a própria execução da obra do vertedouro de emergência, requeriam intervenções para garantir a estabilidade e a segurança da obra.

5. **Para corrigir estes problemas, o MI, com base no Acórdão TCU 1631/2004-Plenário, firmou com o Estado de Goiás, o convênio Siafi 517496 (281/2004), cujo objeto foi a recuperação dos vertedouros principal e de emergência, no valor de R\$ 3.000.000,00.**

6. Enquanto isso, o Estado de Goiás contratou especialistas em barragens que, após estudar o assunto e proceder a exames “in loco”, proferiram diversas recomendações, dentre as quais a construção de um vertedouro complementar que garantiria a segurança da barragem, mesmo na ocorrência de chuva milenar, como a ocorrida em 2004.

7. Em seguida, às suas expensas, o Estado de Goiás contratou novos estudos hidrológicos para servir de base à elaboração do projeto de um vertedouro complementar. Tais estudos e projetos foram executados ao longo dos anos de 2005 e 2006, de sorte que, em meados de 2007 o projeto do novo vertedouro complementar encontrava-se concluído.

8. Ao final de 2007, devido à exiguidade do tempo para formalizar o Convênio, licitar e iniciar as obras do vertedouro complementar, foi necessária a execução de serviços emergenciais para prevenir o período chuvoso de 2007/2008 que estava se avizinando.

9. Os serviços emergenciais na área do futuro vertedouro complementar consistiram na contenção de erosão regressiva no maciço com o uso de “big-bag” com cimento e argila, bem como recuperação do vertedouro principal revestido com gabiões. Esses serviços foram executados com recursos do convênio Siafi 611152 (069/2007), no valor de R\$ 500.000,00 oriundos da Secretaria Nacional de Defesa Civil, celebrado pelo MI com o Estado de Goiás, o que foi avaliado pelo TCU que exarou o Acórdão 1386/2008-Plenário.

10. Por conseguinte, fica claro que as falhas do projeto, apresentado e executado pelo Estado de Goiás, implicaram no desembolso adicional de R\$ 3.500.000,00, soma dos recursos federais transferidos mediante os convênios SIAFI 517496 e 611152, para medidas emergenciais paliativas até que fosse implementada a solução definitiva: o vertedouro complementar. (...)

20. Observamos que a SENIR está analisando cada convênio, relativo ao empreendimento Perímetro de Irrigação Flores de Goiás, em separado, ao invés de analisar a situação em conjunto. O Ministério assiste razão em declarar que o objeto do convênio 281/2004 foi integralmente executado. Entretanto, verificando-se a motivação para execução desse convênio, conclui-se que se deveu a um problema anterior, ocorrido em outro convênio.

21. Nessa situação, a causa foi de deficiência de projeto (subdimensionamento do vertedouro principal, por falha de projeto decorrente de estudos hidrológicos incorretos que subestimaram as precipitações pluviométricas e os consequentes volumes afluentes ao reservatório) que teve como consequência a necessidade de gastos adicionais e emergenciais no valor de R\$ 3.500.000,00 (convênios 281/2004.e 069/2007). Caso o projeto não tivesse sido subdimensionado, as obras emergenciais de R\$ 3.500.000,00 não seriam necessárias, conforme já observado no parágrafo 10 desta Nota Técnica.



22. Considerando que já houve a glosa dos valores referentes ao convênio 069/2007, o Ministério não deve se omitir de proceder a recuperação também do valor de R\$ 3.000.000,00 referente às obras emergenciais do Convênio 281/2004. **Assim, não obstante o convênio em si ter tido execução a contento, decorreu-se de erro de projeto, objeto de outro convênio, para o mesmo empreendimento.** Assim, o caso deve ser analisado de forma conjunta, com a narrativa dos fatos sobre todos os convênios relacionados, considerando que os convênios tratam do mesmo empreendimento. (acrescidos os destaques)

51. Desse modo, deve-se excluir a responsabilização proposta pelo concedente em atendimento ao que lhe fora recomendado pela CGU, não restando responsabilidade dos envolvidos, particularmente dos agentes públicos nem das empresas construtoras.

III – Da determinação constante do item 9.8 do Acórdão 3.401/2013-Plenário

52. No item 9.8 do Acórdão 3.401/2013-P, esta Corte autorizou a audiência de Alexandre Navarro Garcia, secretário executivo do MI, “pelo não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, ao disposto no item 1.4.1 do Acórdão 5.451/2009-TCU-2ª Câmara, nos termos do art. 58, inciso IV, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992”. Seu antecessor (Marcelo Pereira Borges) foi ouvido sobre a mesma irregularidade no âmbito do monitoramento originário desta TCE, sendo suas justificativas não acatadas pelo Tribunal, que lhe aplicou multa (item 11 retro).

53. A audiência do referido antecessor multado efetivou-se nos mesmos termos ora autorizados pelo plenário desta Corte, conforme peça 5 do TC 008.869/2009-8, p. 32, e a determinação original, descumprida, havia sido comunicada ao MI em 13/11/2009 (peça 1, p. 45 e 47, do TC 008.869/2009-8). A razão da pena deu-se precipuamente pela falta de cumprimento do item 1.4.1.2 do acórdão em tela (que fixava o prazo máximo de 90 dias para conclusão da instrução da TCE) durante o exercício de 2010 (Marcelo Pereira Borges foi exonerado em janeiro/2011).

54. A gestão de Alexandre Navarro Garcia à frente da secretaria executiva ocorreu nos anos 2011 a 2013, especificamente de 12/1/2011 a 9/10/2013 (DOU de 10/10/2013), daí que mais tempo teve para dar cumprimento à mesma determinação do que o antecessor apenado. Tal fato impõe a realização da audiência autorizada pelo Tribunal, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da isonomia de tratamento dos jurisdicionados.

IV – Desfecho conclusivo da instrução inicial nesta Corte

55. Da análise proferida nos itens 30 a 54 acima, conclui-se que houve cumprimento, pelo menos formal, das determinações do Tribunal relativas à TCE instaurada pelo MI ou, melhor dizendo, houve cumprimento, pelo MI, da determinação 9.5 do Acórdão 3.401/2013-Plenário (c/c a determinação 9.1.3 do Acórdão 970/2009-Plenário) e, pela CGU, da determinação 9.6 do Acórdão 3.401/2013-Plenário.

56. Conclui-se também que o MI enfrentou diversos aspectos meritórios em sua TCE consolidada de forma a apresentar deslinde razoável, que pode ser aproveitado e readequado para providências preliminares por parte desta Corte, mormente suscitando adaptações e mudanças relacionadas à quantificação de valores e às responsabilizações.

57. Assim, compilam-se as seguintes irregularidades principais na execução dos convênios financiadores do PIFG sob exame:

	falha no estudo hidrológico, causa básica original do subdimensionamento do vertedouro em projeto e na obra, sendo tal estudo calculado em 15% do objeto pactuado no Conv. 82/1995 – R\$ 63.092,37 em 31/12/1996 (débito), descontado de R\$ 2.264,98 em 13/5/1999 (crédito)
	ausência do RIMA e do item “resumo das alternativas técnicas e locacionais estudadas para o sistema” no EIA, sendo tais lacunas calculadas em 55% do objeto pactuado no Conv. 83/1995 – R\$ 59.152,50 em 12/7/1996 (débito) e R\$ 6.908,22 em 23/12/1998 (crédito)
	projeto subdimensionado da vazão do vertedouro principal, calculado em 20% do total repassado pelo Conv. 20/1997 – R\$ 224.481,43 em 21/7/1999
	falta de execução da rede trifásica, transformador, calhas e meio fios no Convênio 48/2001 – R\$ 213.718,75 em 25/5/2009
	não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, ao disposto no item 1.4.1 do Acórdão 5.451/2009-TCU-2ª Câmara, nos termos do art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992

58. As irregularidades A a E retrocitadas ensejaram as seguintes medidas preliminares de citação ou audiência propostas na instrução:

Medida preliminar	Irregularidade / Constatação	Itens desta instrução
Citação de Ovídio Antônio de Ângelis	A, B, C	37-39, 40-41, 42-44
Citação de Wellington Carlos da Silva	A, B, C	37-39, 40-41, 42-44
Citação de Antônio Alberto Basílio	A, B, C	37-39, 40-41
Citação de Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	A, C	37-39, 42-44
Citação de Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda.	B	40-41
Citação de Ângelo Rosa Ribeiro	C	42-44
Citação de Giuseppe Vecchi	C	42-44
Citação de Oton Nascimento Júnior	D	45-47
Audiência de Alexandre Navarro Garcia	E	52-54

59. Em razão da complexidade dos fatos e para efeito didático, repetem-se aqui aspectos de matriz de responsabilização dos agentes envolvidos, relacionados à conduta e a culpabilidade dos autores das respectivas irregularidades.

Constatação A: falha no estudo hidrológico, causa básica original do subdimensionamento do vertedouro no projeto objeto do Convênio 82/1995 e na obra PIFG
Responsáveis: três ex-secretários da Seplan e uma empresa contratada (vide item 58 retro)
Conduta da empresa contratada: executar mal parte do objeto contratado Conduta dos gestores: falhar no acompanhamento técnico da execução do objeto conveniado/contratado e não adotar medidas preventivas, corretivas e punitivas contra a má execução parcial do objeto
Nexo de causalidade: os respectivos ilícitos praticados (execução inadequada e falta de intervenção sobre ela) possibilitaram os problemas de execução e importaram prejuízos ao erário federal em cadeia: falha no objeto executado, deficiência de projeto (Convênio 20/1997), defeito na obra (Convênio 14/1998) e dispêndio para recuperar o defeito via novo instrumento firmado (Convênio 281/2004)
Culpabilidade da contratada: é obrigação legal da contratada executar fielmente o objeto do contrato e corrigir seus eventuais problemas (artigos 66, 69 e 70 da Lei 8.666/1993) Culpabilidade dos gestores: era exigível conduta diversa da adotada pelos gestores, enquanto representantes do órgão conveniado e contratante e responsáveis (direta ou indiretamente) pela execução do objeto conveniado/contratado, acompanhamento técnico e adoção de medidas corretivas do objeto conveniado/contratado, por dever contratual e legal (artigos 58, inc. III, IV, 66 e 112 da Lei 8.666/1993); culpa in eligendo e in vigilando (culpa também in procedendo de Antônio Alberto Basílio)
Constatação B: ausência do RIMA e do item “resumo das alternativas técnicas e locacionais estudadas para o sistema” no EIA, sendo tais lacunas calculadas em 55% do objeto pactuado no Convênio 83/1995
Responsáveis e período de exercício: dois ex-secretários da Seplan, um ex-Diretor da Diretoria de Programas e Projetos e uma empresa contratada (vide item 58 retro)
Conduta da empresa contratada: deixar de executar parte do objeto contratado Conduta dos gestores: deixar de acompanhar/fiscalizar/comprovar a boa e integral execução do objeto conveniado/contratado e de adotar medidas corretivas e punitivas contra a execução parcial do objeto
Nexo de causalidade: os respectivos ilícitos praticados (execução ruim/parcial e não intervenção sobre ela) importaram prejuízo (objeto parcialmente executado) e riscos ambientais no projeto do PIFG
Culpabilidade da contratada: é obrigação legal da contratada executar fielmente o objeto do contrato e corrigir seus eventuais problemas (artigos 66, 69 e 70 da Lei 8.666/1993) Culpabilidade dos gestores: era exigível conduta diversa da adotada pelos gestores, enquanto representantes do órgão conveniado e contratante e responsáveis (direta ou indiretamente) pela execução do conveniado/contratado, fiscalização, acompanhamento e adoção de medidas corretivas do objeto conveniado/contratado, por dever contratual e legal (artigos 58, inc. III, IV, 66 e 112 da Lei 8.666/1993); culpa in eligendo e in vigilando (culpa também in procedendo de Antônio Alberto Basílio)

Constatação C: projeto subdimensionado da vazão do vertedouro principal, calculado em 20% do total repassado pelo Convênio 20/1997
Responsáveis e período de exercício: quatro ex-secretários da Seplan, um ex-Diretor da Diretoria de Programas e Projetos e uma empresa contratada (vide item 58 retro)
Conduta da empresa contratada: executar mal parte do objeto contratado Conduta dos gestores: falhar no acompanhamento técnico da execução do objeto conveniado/contratado e não adotar medidas preventivas, corretivas e punitivas contra a má execução parcial do objeto
Nexo de causalidade: os respectivos ilícitos praticados (execução ruim e não intervenção sobre ela) importaram prejuízos ao erário federal em cadeia: falha no objeto executado (deficiência de projeto do PIFG), defeito na obra (Conv. 14/1998) e dispêndio para recuperar o defeito via novo instrumento firmado (Convênio 281/2004)
Culpabilidade da contratada: é obrigação legal da contratada executar fielmente o objeto do contrato e corrigir seus eventuais problemas (artigos 66, 69 e 70 da Lei 8.666/1993) Culpabilidade dos gestores: era exigível conduta diversa da adotada pelos gestores, enquanto representantes do órgão conveniado e contratante e responsáveis (direta ou indiretamente) pela execução do objeto conveniado/contratado, acompanhamento técnico e adoção de medidas corretivas do objeto conveniado/contratado, por dever contratual e legal (artigos 58, inc. III, IV, 66 e 112 da Lei 8.666/1993); culpa in eligendo e in vigilando (culpa também in procedendo de Antônio Alberto Basílio)
Constatação D: falta de execução da rede trifásica, transformador, calhas e meio fios no Convênio 48/2001
Responsáveis e período de exercício: um ex-secretário da Seplan/GO (vide item 58 retro)
Conduta: deixar de acompanhar/fiscalizar/comprovar a boa e integral execução do objeto conveniado/contratado e de adotar medidas corretivas e punitivas contra a execução parcial do objeto
Nexo de causalidade: o ilícito praticado (não intervenção sobre a execução parcial do objeto) importou prejuízo ao erário (itens não executados do convênio)
Culpabilidade: era exigível conduta diversa da adotada pelo gestor, enquanto representante do órgão conveniado e contratante e responsável (direta ou indiretamente) pela execução do conveniado/contratado, fiscalização, acompanhamento e adoção de medidas preventivas e corretivas para execução completa do objeto, por dever contratual e legal (artigos 58, inc. III, IV, 66 e 112 da Lei 8.666/1993); culpa in eligendo e in vigilando
Constatação E: não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, ao disposto no item 1.4.1 do Acórdão 5.451/2009-TCU-2ª Câmara, nos termos do art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992
Responsáveis e período de exercício: um ex-secretário executivo do MI (vide item 58 retro)
Conduta: deixar de dar cumprimento à deliberação do Tribunal, relativa precipuamente à ultimação da conclusão da pertinente TCE no âmbito no MI
Nexo de causalidade: o ilícito praticado importou maior delonga no processamento da TCE e infração legal (descumprimento de determinação do Tribunal)
Culpabilidade: era exigível conduta diversa da adotada pelo ex-gestor: o pronto atendimento da determinação do TCU em prol da celeridade processual e em cumprimento aos princípios da legalidade e da eficiência

60. Em vista das responsabilidades verificadas, foram propostas e realizadas as respectivas citações e audiência, conforme discriminado abaixo, analisadas no tópico seguinte.

Responsável	Ofício (peça)	Ciênc ia (peça)	Resposta (peça)
Citação de Ovídio Antônio de Ângelis	19	46	55
Citação de Wellington Carlos da Silva	20	45	-
Citação de Antônio Alberto Basílio	21, 75	90 e 93	100
Citação de Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	25	37	92
Citação de Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda.	26, 105	106	107
Citação de Ângelo Rosa Ribeiro	22	44	70

Citação de Giuseppe Vecchi	23	36	109
Citação de Oton Nascimento Júnior	24, 64	53, 80	61
Audiência de Alexandre Navarro Garcia	27	54	43

EXAME TÉCNICO**Citação de Ovídio Antônio de Ângelis, Secretário da Seplan/GO de 1/1/1995 a 7/5/1998****Termos da citação**

61. O responsável foi citado (item 60 retro) nos termos seguintes: apresentar alegações de defesa e/ou recolher, solidariamente com os responsáveis abaixo nominados, aos cofres do Tesouro Nacional as quantias também abaixo indicadas, atualizadas monetariamente a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, abatendo-se na oportunidade a quantia eventualmente ressarcida, na forma da legislação em vigor, em decorrência das irregularidades abaixo sumariadas relacionadas ao Projeto de Irrigação Flores de Goiás (PIFG), incorrendo em infração às IN STN 2/1993 e 1/1997 e aos termos dos convênios respectivos:

D ébito (R\$)	Dat a	Cré dito (R\$) / Data	Responsáveis solidários	Irregularidade originadora do débito
63 .092,37	31/ 12/1996	2.2 64,98 13/5/1999	Wellington Carlos da Silva, Antônio Alberto Basílio, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	Estudo hidrológico falho no Convênio 82/1995
59 .152,50	12/ 7/1996	6.9 08,22 23/12/1998	Wellington Carlos da Silva, Antônio Alberto Basílio, Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda.	Falta do RIMA e de elemento no EIA, Convênio 83/1995
29 .779,60	7/5/ 1998	-	Antônio Alberto Basílio, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	Vertedouro principal subdimensionado, Convênio 20/1997

Alegações de defesa apresentadas (peça 55)

62. O responsável alega inicialmente que os três convênios que geriu foram prorrogados e aditados, alcançando o exercício de 2004, após vários anos do seu afastamento da Seplan/GO, e ensejando novos convênios inclusive fora do período de gestão do defendente; que apenas em razão de chuvas fortes acima da média foi possível verificar a inadequação do projeto elaborado a partir do convênio 20/1997; que, portanto, o subdimensionamento da incidência de chuvas pode ser constatado somente por especialistas em climatologia e pluviometria, não sendo plausível responsabilizar por isso o gestor público; que as irregularidades constantes do ofício citatório (estudo hidrológico falho, falha no RIMA e de elemento do EIA e subdimensionamento do vertedouro principal) tratam-se expressamente de inconsistências técnicas e não de gestão, pois pertinentes a conhecimento especializado e fora do domínio e da esfera de secretário de Estado.

63. Traz como argumentos preliminares a aplicabilidade das Súmulas TCU 71 e 142, a primeira por não ter gerido recursos do convênio 281/2004, a segunda por não ter transgredido normas pertinentes aos convênios 82/1995, 83/1995 e 20/1997, limitando-se a desempenhar suas atribuições legais.

64. No mérito, alega, especificando ou reforçando as alegações iniciais, que:

a) Não haveria irregularidade legitimamente atribuída a si, tendo sido chamado apenas por ter sido secretário da Seplan/GO e, sem amparo fático, impõe-se a sua exclusão do feito;

b) Seria implausível atribuir-lhe solidariedade por eventuais irregularidades ocorridas na execução técnica do objeto do convênio, não havendo liame de causalidade entre ação ou omissão sua e tais irregularidades;

c) Teria estado à frente da Seplan/GO por período inferior ao da execução dos convênios, tendo deixado a pasta em 4/5/1998;

d) Seria ilícito exigir do agente público ou de qualquer pessoa mais do que o razoável, no caso, exigir do respondente mais do que as providências cabíveis adotadas de contratação de serviços

técnicos de fiscalização do PIFG, conforme previsto no convênio e exigido nos artigos 67 e 70 da Lei 8.666/1993;

e) O titular da pasta estadual teria responsabilidade de gestão e não de natureza técnica, impor-lhe responsabilidade técnica seria subverter o disposto no art. 70 da citada Lei: “O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou acompanhamento pelo órgão interessado”;

f) A execução defeituosa do objeto contratado seria, portanto, da pessoa contratada e não do titular do órgão contratante, “exceto em relação a falhas a este atribuíveis relacionadas à execução ou inexecução do convênio”;

g) O princípio da reserva do possível, derivado do princípio constitucional da razoabilidade, seria aplicável no caso vertente, dada a impossibilidade de se exigir do administrador mais do que o possível dentro de suas atribuições e da lei, sendo ilógico cobrar dele acompanhamento técnico por si mesmo do objeto contratado e responsabilizá-lo por equívoco técnico na elaboração de projeto;

h) Caberia ao defendente, enquanto era secretário da Seplan/GO, verificar o emprego dos recursos dos convênios 82/1995, 83/1995 e 20/1997 em conformidade com as normas legais pertinentes, devendo a verificação de defeitos de projeto, falha em estudo hidrológico, falta de RIMA e de elemento no EIA ser realizada nos termos do art. 67 da lei 8.666/1993, sendo o dano decorrente objeto de ressarcimento pelo contratado, a teor do art. 70 da mesma Lei;

i) Seria lógico até exigir-se do gestor público a adoção de medidas para sancionar os responsáveis, nos termos do referido artigo 70, desde que se mantivesse no cargo quando da constatação dos problemas, contudo não é seu caso, já que se desligou em 4/5/1998;

j) Em suma e em conclusão, não haveria como imputar-lhe responsabilidade por execução inadequada do objeto conveniado por três razões: (i) enquanto esteve à frente da Seplan/GO gerindo a execução dos convênios 82 e 83/1995 e 20/1997 cumpriu com os ditames legais pertinentes e não geriu o convênio 281/2004, (ii) eventuais falhas de execução e danos devem ser imputados à contratada e dela cobrados, (iii) as falhas técnicas apontadas tiveram acompanhamento realizado por setor técnico responsável;

k) A responsabilização do defendente não encontraria amparo na razoabilidade, nem nas atribuições legais de seu cargo e nem no art. 197 do Regimento Interno do TCU (omissão do administrador nas providências de instauração de TCE);

l) Não haveria indicativo de omissão por parte do defendente que levasse às irregularidades inquinadas, cuja ocorrência ou constatação teria ocorrido em momento anterior ou posterior à sua gestão na Seplan/GO.

Análise

65. As alegações do item 62 retro repetem-se de forma minuciosa no item 64 retro, servindo-lhes como introdução, sendo analisadas conjuntamente após a análise sumária das alegações do item 63 retro: estas são manifestamente improcedentes, eis que, em síntese, a Súmula 71 desta Corte exclui a responsabilidade de ordenador de despesa que não houver gerido recursos e a Súmula 142 exclui a responsabilidade do agente cuja análise das contas não for conclusiva pela regularidade ou irregularidade, situações distintas do presente caso e assim não aplicáveis ao responsável, que, além de ter assinado termos de convênio e de contrato e ordem de serviço, também ordenou despesas, tanto que o débito proposto na citação foi proporcional aos gastos efetuados enquanto titular da pasta estadual.

66. Quanto às alegações de mérito, inicialmente, observam-se inconsistência e incerteza nas alegações do responsável referentes a suas providências de fiscalização do objeto contratado (letras “d” e “j” do item 64 retro), não deixando claro se efetuou contratação de fiscalização ou se deixou a cargo de setor do órgão. A esse respeito, há sérios indícios de que não houve mesmo fiscalização, podendo mesmo ter ocorrido a execução do objeto pelo próprio Estado conveniente (de forma exclusiva ou conjunta com a empresa contratada), conforme anotações no relatório de fiscalização do

controle interno federal sobre o convênio 82/1995 datado de 8/12/1997 (peça 7 do apenso 000.879/2014-2, p. 193): falta de relatório sobre a execução dos serviços, falta do cronograma físico do contrato, falta de designação de servidor para acompanhamento do contrato (art. 67 da Lei 8.666/1993), falta de papéis que indicassem a execução dos serviços pela Geoserv, sendo todos documentos com timbre do Estado de Goiás, inexistência de parecer técnico sobre a consecução do objeto, apenas emitido após o término da fiscalização.

67. De resto, os argumentos mostram-se genéricos e repetidos, sendo a alegação mais específica aquela do item 64-c retro, que se refuta com as informações sobre as correspondentes vigências (item 5 retro): o convênio 82/1995 vigorou até 30/6/1998, praticamente até o final da gestão do respondente; o convênio 83/1995 vigorou até 31/12/1997, findando dentro do período de sua gestão; e o convênio 20/1997 vigorou até 30/6/2001, extrapolando o período de sua gestão. Contudo, os valores de débito imputados para efeito de citação foram proporcionais aos recursos geridos, como já dito, o que prima pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, contrariamente ao argumentado insistentemente pelo responsável permeando praticamente todas as suas alegações.

68. Junte-se às faltas anotadas no final do item 66 acima o que ficou assente no relatório e voto condutores da Decisão 617/2002-P: a incompletude e inconsistência do projeto básico (produto final do convênio em questão) e a pressa da Seplan/GO em elaborá-lo e utilizá-lo como garantidor da participação federal no custeio do empreendimento. A despeito de se poder exigir conduta diversa da adotada pelo responsável, enquanto representante do órgão conveniado e contratante e responsável (direta ou indiretamente) pela execução do objeto conveniado/contratado, particularmente do Convênio 82/1995, acompanhamento técnico e adoção de medidas corretivas do objeto desse convênio, por dever contratual e legal (artigos 58, inc. III, IV, 66 e 112 da Lei 8.666/1993); sua culpa in vigilando importaria sujeição à multa prevista no art. 57 da lei 8.666/1993, mas não imputação de débito. Explica-se pela seguinte razão: o projeto básico é peça técnica inicial, complementada e aperfeiçoada pelo projeto executivo, devendo este, por definitivo e final, estar primordialmente livre de erro ou lacuna; tal primazia é reforçada, no caso específico, pelo fato de que a empresa subcontratada para executar os estudos hidrológicos no âmbito do projeto executivo (no âmbito do Convênio 20/1997) reconheceu erro nos referidos estudos, realizados em fevereiro/2000 (vide transcrições finais no item 44 retro). Desse modo, o problema técnico hidrológico ocorreu de modo principal e definitivo do âmbito do Convênio 20/1997, em que sua responsabilidade do agente em questão é atenuada pelo pouco tempo que passou à frente da Seplan na vigência daquele termo e pela falta de provas nestes autos de que tivesse ciência das falhas nos estudos hidrológicos (a despeito da informação no item 113.4 adiante).

69. Assim, a culpabilidade que persistiria para o responsável em razão das particularidades acima referenciadas de sua gestão (gestão que inclusive mais permeou os processos licitatórios que resultaram na contratação das empresas executoras dos objetos dos convênios 82 e 83/1995 e 20/1997 e também permeou a gestão do agente público de maior responsabilidade técnica sobre os ditos convênios, Antônio Alberto Basílio, diretor da DPP-Seplan/GO, sobressaindo a responsabilidade in vigilando), é excluída por razões prescricionais para efeito de imputação de multa, com supedâneo na recente decisão do TCU constante do Acórdão 1441/2016-Plenário, em que se deliberou sobre incidente de uniformização de jurisprudência acerca da prescrição da pretensão punitiva, bem como por razões factuais/processuais e declaratórias de terceiros para efeito de imputação de débito (falta de provas de que tivesse ciência de falhas técnicas hidrológicas na execução dos convênios e declaração da empresa responsável pelos estudos hidrológicos no âmbito do projeto executivo assumindo a responsabilidade pela falha nos referidos estudos).

70. Assim, considerando o que está exposto acima e nos itens 159-160 adiante, descabem débitos ao responsável (inclusive quanto ao valor relativo ao convênio 83/1995, pelas razões expostas nos itens 159-160 adiante), bem assim descabem as multas previstas no art. 57 e no art. 58, inc. II/III, da Lei 8.443/1992 em razão da prescrição da punibilidade desta Corte, conforme discorrido no item 149 adiante (decorridos mais de dez anos entre o marco inicial do prazo prescricional, 11/1/2003, e a

citação válida do responsável nesta Corte, 9/12/2015 – peça 46). Propõe-se, assim, julgar suas contas regulares com ressalva.

Citação de Wellington Carlos da Silva, Secretário da Seplan/GO de 7/5 a 4/6/1998 e Chefe de Gabinete de Ovídio Antônio de Ângelis e de Ângelo Rosa Ribeiro (gestões respectivas de 1/1/1995 a 7/5/1998 e 4/6/1998 a 1/1/1999)

Termos da citação

71. O responsável foi citado (item 60 retro) nos seguintes termos: apresentar alegações de defesa e/ou recolher, solidariamente com os responsáveis abaixo nominados, aos cofres do Tesouro Nacional as quantias também abaixo indicadas, atualizadas monetariamente a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, abatendo-se na oportunidade a quantia eventualmente ressarcida, na forma da legislação em vigor, em decorrência das irregularidades abaixo sumariadas relacionadas ao Projeto de Irrigação Flores de Goiás (PIFG), incorrendo em infração às IN STN 2/1993 e 1/1997 e aos termos dos convênios respectivos:

D ébito (R\$)	Dat a	Crédi to (R\$) / Data	Responsáveis solidários	Irregularidade originadora do débito
63 .092,37	31/ 12/1996	2.264 ,98 13/5/1999	Ovídio Antônio de Ângelis, Antônio Alberto Basílio, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	Estudo hidrológico falho no Convênio 82/1995
59 .152,50	12/ 7/1996	6.908 ,22 23/12/1998	Ovídio Antônio de Ângelis, Antônio Alberto Basílio, Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda.	Falta do RIMA e de elemento no EIA, Convênio 83/1995
19 .853,15	4/6/ 1998	-	Antônio Alberto Basílio, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	Vertedouro principal
69 .486,03	1/1/ 1999	-	Ângelo Rosa Ribeiro, Antônio Alberto Basílio, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	subdimensionado, Convênio 20/1997

Alegações de defesa e Análise

72. Apesar de ter pedido vista e cópia dos autos, prorrogação de prazo e juntar procurações (peças 56 a 59 e 82), o responsável não apresentou defesa, o que importa em sua revelia e continuidade regular do processo, nos termos previstos no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

73. A par do provimento da defesa de alguns responsáveis adiante e considerando o curto período de gestão do responsável revel (7/5 a 4/6/1998, menos de um mês, desconsiderando-se o período em que esteve chefiando o gabinete de outros titulares da Seplan/GO), propõe-se a exclusão desse responsável da presente relação processual.

Citação de Antônio Alberto Basílio, então Diretor da Diretoria de Programas e Projetos, da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás (DPP/Seplan/GO)

Termos da citação

74. O responsável foi citado (item 60 retro) nos seguintes termos: apresentar alegações de defesa e/ou recolher, solidariamente com os responsáveis abaixo nominados, aos cofres do Tesouro Nacional as quantias também abaixo indicadas, atualizadas monetariamente a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, abatendo-se na oportunidade a quantia eventualmente ressarcida, na forma da legislação em vigor, em decorrência das irregularidades abaixo sumariadas relacionadas ao Projeto de Irrigação Flores de Goiás (PIFG), incorrendo em infração às IN STN 2/1993 e 1/1997 e aos termos dos convênios respectivos:

D ébito (R\$)	Dat a	Crédi to (R\$) / Data	Responsáveis solidários	Irregularidade originadora do débito
63 .092,37	31/ 12/1996	2.2 64,98 13/5/1999	Ovídio Antônio de Ângelis, Wellington Carlos da Silva, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	Estudo hidrológico falho no Convênio 82/1995
59	12/	6.9	Ovídio Antônio de Ângelis, Wellington	Falta do

.152,50	7/1996	08,22 23/12/1998	Carlos da Silva, Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda.	RIMA e de elemento no EIA, Convênio 83/1995
29 .779,60	7/5/ 1998	-	Ovídio Antônio de Angelis, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	Vertedouro principal subdimensionado, Convênio 20/1997
19 .853,15	4/6/ 1998	-	Wellington Carlos da Silva, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	
9. 926,58	1/1/ 1999	-	Ângelo Rosa Ribeiro, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	
69 .486,03	1/1/ 1999	-	Wellington Carlos da Silva, Ângelo Rosa Ribeiro, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	
95 .436,08	30/ 6/2001	-	Giuseppe Vecci, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	

Alegações de defesa apresentadas (peça 100) e respectivas análises

75. O responsável apresenta argumentos e alegações no sentido de afirmar não ser responsável, nem solidariamente, pelos débitos que lhe foram imputados desde a origem da TCE. Preliminarmente, argui que teria havido ausência de contraditório processual no âmbito do MI e que a instrução inicial no TCU teria seguido o exame e as conclusões dos processos administrativos do MI relativos aos convênios 82 e 83/1995, 20/1997 e 48/2001, exame conclusivo este que teria sido efetuado sem observância do contraditório e da ampla defesa. Destaca, nesse sentido, que tal garantia constitucional (inc. LV do art. 5º) não traz ressalvas ou exceções, abrangendo a TCE na fase anterior ao TCU.

Análise. Não prosperam as alegações, visto que esta Corte está procedendo ao contraditório e oportunizando a ampla defesa ao responsável nesta TCE, independentemente dos procedimentos de contraditório efetuados pelo concedente, ainda mais pelo motivo de o feito ter-se originado de conversão no âmbito desta Corte. Anote-se que o próprio MI notificara o responsável em razão de fatos concernentes a este e outros convênios (processo apenso 000.879/2014-2, peça 5, p. 144-145 e 163, peça 11, p. 172-173, 191).

76. Meritoriamente, o responsável traz as alegações específicas discorridas a seguir (analisadas adiante). De forma geral, alega que deveria esta Corte proceder à nova apuração dos fatos, responsáveis e débito para cumprir suas próprias deliberações nos itens 9.7 e 9.11 do Acórdão 3.401/2013-Plenário.

Análise

77. Sobre o convênio 82/1995, alega que as apurações seriam impróprias por demais tardias (mais de quinze anos decorridos da execução do convênio da aprovação inicial de sua prestação de contas); teria tão somente encaminhado a prestação de contas parcial demonstrando a aplicação da 1ª parcela, não mais responderia pela DPP da Seplan/GO quando do envio da prestação de contas final em novembro/1997, ou seja, não teria ocupado tal cargo em todo o período inquinado (vigência do convênio de 4/1/1996 a 30/6/1998); que não seria o agente licitador na Seplan/GO nem lhe caberia culpa in eligendo, in vigilando e in procedendo, pois: (i) o titular da pasta era quem autorizava e homologava o certame e firmava o correspondente contrato, (ii) a contratação da empresa decorreria de licitação, (iii) o atesto das medições conformes com a prestação dos serviços era seu dever de ofício enquanto diretor de projetos, (iv) não lhe era exigível conduta diversa, mesmo porque a Seplan não contratara “estudo hidrológico para uma chuva decamilenar” e, assim, não estaria legitimado a exigir do contratado objeto diverso do pactuado. Questiona a matriz de responsabilização constante da instrução de peça 7 (e item 59 retro), conforme quadro seguinte.

Elementos da matriz	Contestação do responsável
Responsáveis: o defendente, enquanto diretor do DPP de 1995 a 1997 pelo menos, solidariamente com dois ex-secretários da Seplan e a empresa contratada	Alega que não teria estado a frente da DPP durante todo o período inquinado
Conduta dos gestores: falhar no acompanhamento técnico da execução do objeto conveniado/contratado e não adotar medidas	Alega que o referido acompanhamento técnico e a citada adoção de medidas não

preventivas, corretivas e punitivas contra a má execução parcial do objeto (Conduta da empresa contratada: executar mal parte do objeto contratado)	implicaria exigir do prestador de serviços objeto diverso do contratado; não caberia à DPP exigir da contratada adoção de parâmetro distinto no dimensionamento, responsabilidade técnica da contratada
Nexo de causalidade: os ilícitos praticados (execução inadequada e não intervenção sobre ela) importaram prejuízos ao erário federal em cadeia: falha no objeto executado, deficiência de projeto (Convênio 20/1997), defeito na obra (Convênio 14/1998) e dispêndio para recuperar o defeito via novo instrumento firmado (Convênio 281/2004)	Alega que, ainda que fosse ilícita adoção de parâmetro equivocado, causador de prejuízo “em cadeia”, não poderia exigir do projetista adoção de parâmetro diverso, variável técnica de eleição do projetista
Culpabilidade dos gestores: era exigível conduta diversa da adotada pelos gestores, enquanto representantes do órgão conveniado e contratante e responsáveis (direta ou indiretamente) pela execução do objeto conveniado/contratado, acompanhamento técnico e adoção de medidas corretivas do objeto conveniado/contratado, por dever contratual e legal (artigos 58, inc. III, IV, 66 e 112 da Lei 8.666/1993); culpa in eligendo e in vigilando (culpa também in procedendo de Antônio Alberto Basílio) (Culpabilidade da contratada: é obrigação legal da contratada executar fielmente o objeto do contrato e corrigir seus eventuais problemas (artigos 66, 69 e 70 da Lei 8.666/1993))	Alega que seria inexigível dele conduta diversa; após as diretrizes estabelecidas, o projeto teria sido entregue conforme; seria imprevisível a chuva atípica que ocorreria anos depois a exigir revisão de parâmetro de dimensionamento, que não lhe incumbiria a priori fixar; o representante da administração que acompanha o contrato não estaria legitimado a exigir objeto diverso do contratado, salvo hipóteses legais de alteração contratual

Análise. Os autos demonstram que a gestão do respondente permeou maior parte da vigência do termo, se não toda ela, além de ter atuação marcante durante o convênio em várias áreas e aspectos, como ilustram as referências seguintes. Na licitação do objeto como membro da comissão licitante (peça 6, p. 250, peça 7, p. 11), no campo técnico (peça 6, p. 110, peça 7, p. 177), na prestação de contas (peça 6, p. 167, 170, peça 7, p. 8), no atesto de medições (peça 6, p. 209, 308, peça 7, p. 123, 130, 137, 144), no atesto de serviços/autorização de pagamento (peça 6, p. 218, 315, 328, peça 7, p. 88, 100, 119, 151). A falta de segregação de funções (diferentes encargos e funções desempenhados) também aponta para a sua responsabilização com a culpa tripla mencionada, na escolha, vigilância e ações adotadas, ou seja, enquanto foi ao mesmo tempo titular de setor técnico e participante da licitação e das reuniões técnicas e atestador de medições e serviços, teve múltiplo e continuado poder de escolher, vigiar e agir.

78. Sobre o convênio 83/1995, alega que a atuação do defendente na DPP não teria abrangido “toda a duração do convênio (4/1/1996 a 30/6/1998)”;

a sua inclusão no rol de responsáveis não seria criteriosa; teria cumprido sua obrigação de acompanhar a execução do contrato, não sendo crível que o PIFG tenha sido levado adiante sem o EIA e o RIMA; fiscalização regular do controle interno contemporânea ao convênio teria constatado apenas omissão no dever de prestar contas e nada acerca de falhas no RIMA/EIA; o MI não teria indicado a ação ou omissão do defendente quando questionou o “assessoramento técnico que viabilizou a execução financeira e demais atos concernentes à execução da avença”; e não teria oportunizado contraditório, em que o defendente pudesse esclarecer que não concorreu para as alegadas falhas; o analista do MI (Parecer 108/Senir-MI) teria inferido que o RIMA pendente de entrega fora elaborado e apresentado ao órgão ambiental estadual, dado que a licença ambiental já teria sido concedida para as obras, considerando que as barragens Paranã e Porteira estavam concluídas, inferência que contradiria a conclusão de glosa do valor referente ao RIMA; restaria provado, assim, que a imputação de responsabilidade e débito ao respondente carece de provas, resultando de mera presunção. Questiona a matriz de responsabilização (peça 7 e item 59 retro), conforme quadro seguinte.

Elementos da matriz	Contestação do responsável
Responsáveis e período de exercício: o defendente enquanto diretor da DPP de 1995 a 1997 pelo menos, solidariamente com dois ex-secretários da Seplan, e a empresa contratada	Alega que não teria estado à frente da DPP durante todo o período inquinado
Conduta dos gestores: deixar de acompanhar/fiscalizar/comprovar a boa e integral execução do objeto conveniado/contratado e de adotar medidas corretivas e punitivas contra a execução parcial do objeto (Conduta da empresa contratada: deixar de executar parte	Alega que o analista do MI, em documento de 26/10/2012 que calculou a glosa, teria inferido que o RIMA fora devidamente elaborado e entregue ao órgão ambiental goiano, opinando pela manutenção da glosa apenas pela sua ausência no processo, no que foi

do objeto contratado)	seguido pelo TCU
Nexo de causalidade: os ilícitos praticados (execução ruim/parcial e não intervenção sobre ela) importaram prejuízo (objeto parcialmente executado) e riscos ambientais no projeto do PIFG	Alega que, se o fato inquinado inexistiu, não haveria que se falar em nexo de causalidade relativo ao RIMA; que inexistiria nos autos prova de que ocorreu elaboração parcial do EIA; e que não poderia ser responsabilizado por sequer atestar o recebimento definitivo do objeto por não ser à época diretor da DPP
Culpabilidade dos gestores: era exigível conduta diversa da adotada pelos gestores, enquanto representantes do órgão conveniado e contratante e responsáveis (direta ou indiretamente) pela execução do conveniado/contratado, fiscalização, acompanhamento e adoção de medidas corretivas do objeto conveniado/contratado, por dever contratual e legal (artigos 58, inc. III, IV, 66 e 112 da Lei 8.666/1993); culpa in eligendo e in vigilando (culpa também in procedendo de Antônio Alberto Basílio) (Culpabilidade da contratada: é obrigação legal da contratada executar fielmente o objeto do contrato e corrigir seus eventuais problemas (artigos 66, 69 e 70 da Lei 8.666/1993))	Alega, repetida e sumariamente, que inexistiria nos autos prova de que o objeto contratado não tenha sido entregue ou que parte dele tenha sido elaborado parcialmente

Análise. O respondente alega que sua responsabilização funda-se em presunção, mas traz exatamente uma presunção na sua alegação, e a sua inferência não tem o condão de afastar a irregularidade da ausência do RIMA na prestação de contas do convênio, que denota no mínimo falta de sua execução nas condições pactuadas, inclusive temporais e de prestação de contas. O responsável faz referência à vigência do outro convênio para dizer que sua gestão não abrangeu o período de execução do convênio; fato é que os autos indiciam que a sua gestão permeou sim todo o convênio 83/1995 (por exemplo, atestou medição em outro convênio na data de 22/5/1998, no mês anterior ao do final da vigência do convênio 83/1995 em tela) e que desempenhou funções capitais no acompanhamento de sua execução, a exemplo da atuação e representação técnica (peça 10, p. 82) e do atesto de serviços/autorização de pagamento (peça 11, p. 52, 56, 59, 66). A inferência de que o RIMA teria sido entregue ao órgão ambiental estadual pode, no máximo, excluir o débito relativo ao RIMA, sem afastar a irregularidade da falta de apresentação do objeto ao concedente com toda a insegurança jurídica resultante (sobre quem elaborou, como e quando), o que poderia ensejar multa ao responsável; quanto ao EIA, o responsável não prova o que alega, não ter atestado recebimento definitivo por não ser diretor da DPP à época, ignorando o ônus da prova que lhe cabe e as evidências dos autos sobre o tempo de sua gestão alcançando, no mínimo, o mês de maio de 1998.

79. Quanto ao convênio 20/1997, alega que haveria dois questionamentos sobre a premissa/fundamento que levaram a sua responsabilização, a falta de segurança quanto ao período de gestão do defendente (o tomador de contas sequer conhece o período de gestão do defendente na DPP, identificando-o por “à época” e gestão “desconhecida” – transcrição à peça 100, p. 24) e a imputação de responsabilidade por eventos futuros na execução do convênio, quando não mais respondia pela DPP; alega que não teria sido sequer arrolado como responsável à época da apuração do MI em 2013, na Informação Financeira 6/2013/Secex/MI, embora equivocadamente tenha sido mencionado depois na mesma Informação (peça 100, p. 20-22); não teria tido oportunidade de contraditório e ampla defesa no processo administrativo no MI, fase anterior da TCE. Contrapôs as anotações da matriz de responsabilização (peça 7 e item 59 retro), assim:

Elementos da matriz	Contestação do responsável
Responsáveis e período de exercício: o defendente enquanto diretor da DPP de 1995 a 1997 pelo menos, solidariamente com quatro ex-secretários da Seplan e a empresa contratada	Alega que não teria estado à frente da DPP no período inquinado; destaca a incerteza do MI quando registra o período de sua gestão “1995 a 1997, pelo menos”
Conduta dos gestores: falhar no acompanhamento técnico da execução do objeto conveniado/contratado e não adotar medidas preventivas, corretivas e punitivas contra a má execução parcial do objeto (Conduta da empresa contratada: executar mal parte do objeto contratado)	Alega que não poderia ser responsabilizado porque não estava no cargo de diretor da DPP
Nexo de causalidade: os ilícitos praticados (execução ruim e não intervenção sobre ela) importaram prejuízos ao erário federal em cadeia:	Alega que não poderia ser responsabilizado pelas consequências do



falha no objeto executado (deficiência de projeto do PIFG), defeito na obra (Conv. 14/1998) e dispêndio para recuperar o defeito via novo instrumento firmado (Convênio 281/2004)	projeto subdimensionado que ele não deu causa e que sequer estaria à frente da DPP para acompanhar tal projeto
Culpabilidade dos gestores: era exigível conduta diversa da adotada pelos gestores, enquanto representantes do órgão conveniado e contratante e responsáveis (direta ou indiretamente) pela execução do objeto conveniado/contratado, acompanhamento técnico e adoção de medidas corretivas do objeto conveniado/contratado, por dever contratual e legal (artigos 58, inc. III, IV, 66 e 112 da Lei 8.666/1993); culpa in eligendo e in vigilando (culpa também in procedendo de Antônio Alberto Basílio) (Culpabilidade da contratada: é obrigação legal da contratada executar fielmente o objeto do contrato e corrigir seus eventuais problemas (artigos 66, 69 e 70 da Lei 8.666/1993))	Alega que não teria sido responsável pelo convênio no prazo indicado, conforme comprovariam os autos, que sequer lhe teria sido assegurado o direito constitucional de contraditório e ampla defesa, vez que teria sido notificado após catorze anos que deixou a função pública e tão somente para recolher valores de glosas que lhe foram inquinadas indevidamente

Análise. O MI notificou o responsável (processo apenso 000.879/2014-2, peça 5, p. 144-145 e 163) sem que ele tenha aproveitado a oportunidade para defesa. O defendente não demonstra o que alega e, por isso, não logra refutar as evidências de sua responsabilidade desde a concepção do convênio até seu acompanhamento, que incluiu atesto de medições (processo apenso 000.879/2014-2, peça 1, p. 30, 34, 162, 170, 250; peça 5, p. 249 – observe-se que a data do atesto de 2ª medição é 22/5/1998). Sua marcante atuação técnica na concepção do convênio é ilustrada pelos registros concernentes às reformulações técnicas conexas ao produto do convênio 82/1995, para viabilizar o convênio 20/1997 em referência, conforme transcrições seguintes, observada desde então preocupação do MI com trabalhos apresentados pela Seplan/GO com reflexos exatamente nos aspectos técnicos questionados (segurança da barragem, tempo de recorrência de cheias). Eis algumas transcrições que evidenciam o protagonismo técnico do responsável sobre o objeto conveniado e contratado.

Parecer técnico elaborado no âmbito do MI em 5/8/1997 (apenso 000.879/2014-2, peça 1, p. 30):

Reunião do MI com técnicos da Seplan/GO, em 31/7/1997. A Seplan/GO foi representada pelo dr. Antônio Alberto Basílio, assessorado por técnicos da Geoserv (...) Os técnicos do MI manifestaram também sua preocupação quanto aos aspectos referidos no item II supra, notadamente quanto à segurança das barragens. Os consultores da Seplan/GO ficaram de rever/demonstrar a segurança das barragens para a cheia de projeto e, visando à manutenção do tempo de recorrência de 100 anos, estudar a possibilidade de locação de diques-fusível para cheias maiores, conferindo segurança adicional ao projeto

Nota técnica no âmbito do MI elaborada em 1/9/1997 (idem, p. 170):

Reunião do MI com a Seplan/GO, em 28/8/1997. (...) o dr. Antônio Alberto Basílio e assessoria técnica apresentaram nova versão do projeto básico de irrigação Flores de Goiás, consistindo na revisão e complementação dos três volumes: I – Estudos básicos, II – Viabilidade técnica econômica e III – Desenhos.

Análise conclusiva da defesa de Antônio Alberto Basílio

80. As alegações apresentadas foram frágeis e logo refutadas nas análises pontuais acima, restando a confirmação da forte e persistente atuação técnica e administrativa do responsável, a ponto de executar multiplicidade de funções. Os fatos (em especial os reiterados questionamentos técnicos do MI quanto à segurança das barragens, que remontam a julho/1997, conforme transcrição acima) evidenciam realização dos projetos priorizando seu término e sem foco na precisão técnica, sendo apresentados no limite de segurança, o que é corroborado pelo Voto da Decisão 617/2002-Plenário, consignando a incompletude e inconsistência do projeto básico (produto final do Convênio 82/1995) e a pressa da Seplan/GO em elaborá-lo e utilizá-lo como garantidor da participação federal no custeio do empreendimento (item 68 acima). Nada obstante, apesar das muitas evidências suscitadoras de multa ao responsável, elas se encontram prescritas e as excludentes e atenuantes de responsabilidade referidas nos itens 68 e 69 retro podem ser aplicadas ao responsável em questão, no tocante à inexistência de prova nos autos de que tenha tomado ciência sobre falhas nos estudos hidrológicos no projeto executivo (Convênio 20/1997) que, ao final e a cabo, foi a causa para o subdimensionamento do vertedouro, o que colocou a barragem em risco de grande desastre. A ciência que teve foi no âmbito do projeto básico, que deixa de ser relevante diante do reconhecimento da culpa pela subcontratada realizadora dos estudos hidrológicos no âmbito do projeto executivo.

Restam, assim, excluídos os débitos pelos quais foi citado o responsável, inclusive quanto ao valor relativo ao convênio 83/1995, pelas razões expostas nos itens 159-160 adiante. Descabem também as multas previstas no art. 57 e no art. 58, inc. II/III, da Lei 8.443/1992 em razão da prescrição da punibilidade do responsável por esta Corte, por terem decorridos mais de dez anos entre o marco inicial do prazo prescricional, 11/1/2003, e a citação válida do responsável nesta Corte, 11/3/2015 – peça 93). Propõe-se, assim, julgar regulares com ressalvas as contas do responsável em tela.

Citação de Ângelo Rosa Ribeiro, Secretário da Seplan/GO de 4/6/1998 a 1/1/1999

Termos da citação

81. O responsável foi citado (item 60 retro) nos seguintes termos: apresentar alegações de defesa e/ou recolher, solidariamente com os responsáveis abaixo nominados, aos cofres do Tesouro Nacional as quantias também abaixo indicadas, atualizadas monetariamente a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, abatendo-se na oportunidade a quantia eventualmente ressarcida, na forma da legislação em vigor, em decorrência das irregularidades abaixo sumariadas relacionadas ao Projeto de Irrigação Flores de Goiás (PIFG), incorrendo em infração às IN STN 2/1993 e 1/1997 e aos termos dos convênios respectivos:

Débito (R\$)	Data	Responsáveis solidários	Irregularidade originadora do débito
9.92 6,58	1/1/ 1999	Antônio Alberto Basilio, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	Vertedouro principal subdimensionado, Convênio 20/1997
69.4 86,03	1/1/ 1999	Wellington Carlos da Silva, Antônio Alberto Basilio, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	

Alegações de defesa apresentadas (peças 70 e 72)

82. No documento de peça 70, o responsável resume os pontos que devem ser esclarecidos:

- (1) Falhas na fiscalização por não verificar o atingimento do objeto do convênio 85/1997 (solidariamente com outros agentes);
- (2) Falha de fiscalização da execução e de verificação do atingimento do objeto do convênio 20/1997 e contrato no PIFG;
- (3) Não intervir sobre a execução ruim da projetista, com culpa in elegendo e in vigilando em relação aos produtos falhos;
- (4) Responsabilização por ter ordenado despesas no convênio 20/1997;
- (5) Responsabilização por ter assinado um termo aditivo ao convênio 20/1997;
- (6) Não ter adotado a conduta exigível como representante do órgão conveniado e contratante, responsável (direta e indiretamente) pela execução do objeto.

83. Argumenta que, considerando a origem do subdimensionamento do vertedouro (os estudos hidrológicos advindos do convênio 82/1995), não poderia ser responsabilizado por culpa in elegendo, pois fora nomeado titular da Seplan em 4/6/1998, após a elaboração do projeto básico do PIFG pelo convênio 82/1995, não tendo participado da escolha do projetista nem apresentado, anuído ou avalizado seus estudos e projeto básico.

84. Diz que não faria parte dos quadros da conveniente quando a Geoserv foi contratada, em 12/11/1997, para continuidade dos estudos e projetos iniciando o projeto executivo, e que estaria deixando a instituição (em 1/1/1999) quando a empresa entregou o projeto completo e final de engenharia, em 18/12/1998, de forma que esse desencontro temporal teria impossibilitado interação com a empresa projetista e relação causal com a irregularidade apontada, além de o projeto ter sido entregue à área técnica e não ao responsável.

85. Informa que, quanto à questionada falta de fiscalização e medidas corretivas e punitivas contra a empresa, a mesma teria endereço próprio, amparo legal para o trabalho, profissionais qualificados e autonomia técnica, impossibilitando questionamentos à época que não apresentava razões para punições, que seriam contra a lei e o contrato. Destacou que não se poderia falar de falha in vigilando, por não se poder provar descuido de fiscalização do gestor neste período. Informa que houve dificuldades, mas não omissão, confessando falta de capacidade da área técnica para analisar

o projeto em dezembro/1998, final do ano, e impossibilidade àquela altura de contratação de novos levantamentos e comprovação da eficácia dos projetos.

86. Informa que, quanto ao ordenamento de pagamentos à Geoserv durante sua gestão, a cláusula 4ª do contrato, amparada pela Resolução do Tribunal de Contas do Estado de Goiás (TCE/GO) 916/98, determinaria a liberação pela DPP e não haveria então nenhuma irregularidade comunicada ou perceptível ao gestor, sendo resguardados pelas áreas técnicas e financeiras responsáveis, conforme ilustraria a ordem bancária de 18/12/1998 anexada (ausente na peça 70; p. 18 da peça 72), não tendo interferência sobre a única liberação em sua curta gestão, R\$ 500.000,00 em 14/12/1998, com a qual teriam sido quitadas parcelas atrasadas do contrato.

87. Alega que teria prorrogado a vigência do termo pelo 3º aditivo, assinado em 30/11/1998, devido a importância do PIFG e que seria incompreensível ser responsabilizado por esse ato praticado no dever de ofício. Firma ainda que a desaprovação das contas do convênio pelo não atingimento do objeto pactuado teria decorrido de vício de origem, de responsabilidade exclusiva da Geoserv, conforme apontam apurações do MI, auditoria e pareceres técnicos (faz referência ao item 44 da instrução de peça 7, anexando-a à peça 72 – referido item com igual teor ao item 44 retro).

88. Alega que sua responsabilização seria um enquadramento forçado do gestor público, como se fosse o fim a alcançar, extrapolando o estritamente comprovado nos autos em relação ao vertedouro. Os documentos referenciados como anexos à peça 70 são apresentados apenas como anexos à peça 72.

89. Alega que teria tido uma conduta apropriada, orientada pela citada resolução do TCE/GO, pela garantia das Anotações de Responsabilidade Técnica do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (ART/Crea), pela área técnica da conveniente e pela ausência de questionamentos do concedente, que tinha capacidade técnica e de fiscalização para verificar e alertar sobre falhas, tudo demonstraria não haver erros de conduta em sua curta gestão.

90. As alegações acima foram efetuadas num primeiro momento e de forma direta (peça 70); mais tarde, o responsável apresentou mais alegações, via seus procuradores (peça 72). Os itens seguintes tratam dessas alegações trazidas num segundo momento.

91. Preliminarmente, é alegado, na peça 72, que o Convênio 20/1997 já se encontrava aprovado pelo TCE/GO e que, assim, o peticionário não teria firmado convênios, aditivos, ordenações de despesas e autorizações de pagamentos.

92. É alegado que a responsabilidade de fiscalizar a eficácia do projeto básico seria do gestor anteriormente à contratação do projeto executivo, o que não passou pela alçada e gestão do peticionário, não justificando a sua responsabilização. Conclui que não teria havido apuração da participação dos acusados pelos supostos erros de projeto ou de execução da obra e, assim, não haveria amparo legal para penalizar o gestor.

93. Meritoriamente, são alegados fatos e circunstâncias que repetem as alegações anteriores, complementando-as no sentido de que: (i) eventual erro técnico no dimensionamento do vertedouro ou de qualquer item contratual seria matéria de responsabilização inclusive civil sem macular os convenientes, pois para tanto haveria que se demonstrar conluio, dolo ou má-fé, o que nem de longe se vislumbraria no presente caso; (ii) o gestor não poderia acionar ninguém por erro antes que este fosse detectado ou demonstrado, nem poderia acionar depois que saiu do cargo; (iii) a lei e a justiça não buscariam o eventualmente desastrado, mas o desonesto, o que reforça a falta de razão para punir o gestor peticionário, que por poucos meses de gestão estaria sendo acusado pelo todo; (iv) os pagamentos teriam sido efetuados sem a necessidade da assinatura ou consentimento do peticionário, dada a previsão contratual e a falta de suspeita ou percepção de irregularidades; (v) teria havido não erro no cumprimento de meta, mas sim erro técnico de responsabilidade da empresa contratada.

Análise

94. A inclusão do defendente no rol de responsáveis deu-se pelos atos praticados: assinatura do 3º aditivo ao convênio, recebimento da 2ª parcela repassada pelo concedente (R\$ 500.000,00) e movimentação da conta vinculada.

95. Observa-se que a vigência do convênio 20/1997 alcança toda a gestão do responsável, mas tal gestão abrange pequena parte mediana do convênio (o convênio vigeu de 26/9/1997 a 30/6/2001 e a gestão durou de 4/6/1998 a 1/1/1999). Nessas circunstâncias, o responsável em nada influenciou no processo de escolha da contratada, como alega, e pouco ou nada influenciou na escolha do fiscal do contrato e por pouco tempo teve oportunidade de gerir os recursos do convênio.

96. Assim, as alegações procedem. Afinal, não haveria como caracterizar sua culpa in eligendo, enfraquecendo também a caracterização de culpa in procedendo ou in vigilando, dado o escasso tempo de sete meses na pasta e a sua não participação nos momentos cruciais prévios, iniciais e finais da avença, como nos procedimentos licitatórios, de formalização, de contratação e de prestação de contas. Afasta-se a sua responsabilização, propondo-se acatar suas alegações de defesa e julgar regulares suas contas.

Citação de Giuseppe Vecchi, Secretário da Seplan de 1/1/1999 a 1/1/2003 e a partir de 1/1/2011

Termos da citação

97. O responsável foi citado (item 60 retro) nos termos seguintes: apresentar alegações de defesa e/ou recolher, solidariamente com os responsáveis abaixo nominados, aos cofres do Tesouro Nacional as quantias também abaixo indicadas, atualizadas monetariamente a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, abatendo-se na oportunidade a quantia eventualmente ressarcida, na forma da legislação em vigor, em decorrência das irregularidades abaixo sumariadas relacionadas ao Projeto de Irrigação Flores de Goiás (PIFG), incorrendo em infração às IN STN 2/1993 e 1/1997 e aos termos dos convênios respectivos:

D ébito (R\$)	Da ta	Responsáveis solidários	Irregularidade originadora do débito
95 .436,08	30 /6/2001	Antônio Alberto Basilio, Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	Vertedouro principal subdimensionado, Convênio 20/1997

Alegações de defesa apresentadas (peça 109)

98. Inicialmente, o respondente questiona sobre a individualização da conduta, os termos do enquadramento de sua responsabilidade na matriz correspondente (constante do item 59 retro), que se resumiria a responsabiliza-lo por ter outorgado termos aditivos ao contrato de prestação de serviço de elaboração do projeto executivo do PIFG sem ter adotado medidas corretivas no objeto contratado.

99. Alega que o termo de referência (TR) do contrato teria indicado os parâmetros de estudos hidrológicos, inclusive o tempo de recorrência e o pico das cheias; que o contrato teria sido outorgado em gestão anterior a sua, que teria outorgado apenas o 1º e 2º termos aditivos, sendo só este último com acréscimo de preço e prazo necessários para concluir levantamento topográfico sobejamente justificado nos autos; e que teria outorgado apenas os aditivos 4º a 7º do convênio, sendo que somente o 4º tratou de acréscimo de repasse e os demais trataram de prazo.

100. Argumenta que o estudo hidrológico falho teria sido reconhecido pela empresa subcontratada que o elaborou (conforme transcrições de trechos de correspondências da S&B Consultores para a Geoserv, constantes da instrução de peça 7, repetidas no item 59 retro), tendo tal estudo considerado período de 10, 20 e 30 anos para avaliar o pico das cheias em vez de considerar a recorrência decamilenar.

101. Alega que estaria prescrita a pretensão punitiva estatal em vista de decorridos mais de cinco anos entre os marcos interruptivos e suspensivos, conforme o recente Acórdão TCU 1719/2014-Plenário, considerando que assinara o 4º aditivo em 1999, concluída a obra a partir do projeto executivo em 2002, instaurada TCE pelo MI em 2008 e efetivada sua citação somente em 2015.

102. As alegações anteriores foram em sede de preliminar, as seguintes foram apresentadas meritoriamente pelo responsável, buscando demonstrar que haveria ausência de culpa e impossibilidade de responsabilizar o defendente.

103. Alega que a causa do erro de cálculo da vazão do vertedouro residiria na deficiência do estudo hidrológico, que decorreria por sua vez de erro na fixação no tempo de recorrência de cheias: referido termo exigiu período de avaliação de 10, 20 e 30 anos, o estudo adotou tempo de recorrência maior, de 100 anos, conforme indicado no projeto executivo entregue pela empresa contratada (citou como anexo, mas não anexou), enquanto deveria ter sido considerado e exigido pelo contratante e praticado pela contratada pico de cheia com recorrência decamilenar. Como a elaboração do projeto básico e do edital de licitação do projeto executivo e seu termo de referência é anterior à gestão do defendente na Seplan/GO, não existiria nexo de causalidade entre a sua conduta e o erro causador do subdimensionamento questionado.

104. Alega que o aditivo de preços que outorgou teria sido motivado pela constatação no campo de que a área alcançada pelas águas seria muito maior do que a estimada suscitando aumento dos serviços de levantamento topográfico; que os estudos topográficos (item 2.3.2 do TR) não se confundiriam com os estudos hidroclimatológicos (subitem 2.3.1 do TR), nos quais se insere a hidrologia (subitem 2.3.1.2), a evidenciar ausência de relação entre o preço aditivado e o estudo hidrológico glosado, devendo adotar-se o entendimento esposado na instrução de peça 7 quando quantificou a glosa e se afastar o valor do aditivo de preço do montante da glosa, já que tal valor teria sido bem empregado e não se destinaria a custear estudos de hidrologia.

105. Alega que haveria excludentes de culpa: inexistência de norma técnica, o documento “Orientações para elaboração e apresentação de projeto de barragem”, no seu item 4.1.4-Dimensionamento do vertedouro, orienta que os estudos para eventos extremos na bacia deverão abranger cheias milenares e decamilenares (citou como anexo, mas não anexou), mas tem caráter de orientação e foi editado em 2009, doze anos após o convênio e o contrato e sete anos após as obras.

106. Questiona sua responsabilização por culpa in vigilando, eis que o projeto executivo teria sido recebido pela administração porque estava conforme com o termo de referência da licitação, não havendo negligência nesse particular, pois a correspondência entre o contratado e o objeto recebido afastaria a culpa in vigilando. Alega que estender o dever de diligência da autoridade que apenas recebeu o objeto para “considerar exigível que detivesse conhecimento técnico específico na área de engenharia de barragens, a ponto de identificar o erro no termo de referência e decidir pela anulação da contratação, excede a razoabilidade na configuração do dever legal de agir que estabelece a culpabilidade por omissão (in vigilando)”; acresce que o cargo de secretário de estado seria político, sem exigir preenchimento de requisitos técnicos, e destaca que a jurisprudência do Tribunal (Acórdãos TCU Plenário 2922/2013 e 1016/2013) preveria imputação do agente político excepcionalmente, em casos de grave omissão.

107. Questiona também sua responsabilização por culpa in eligendo, vez que não estaria especificado quem seria o preposto mal escolhido nem a conduta irregular dele; alega que, se o preposto for o gestor do contrato que detinha o dever de fiscalizar o serviço, dever-se-ia atentar para a especificidade do objeto (que deveria ser entregue de uma vez e, logo, exigia fiscalização restrita ao recebimento do objeto) e da situação (o objeto entregue correspondeu ao objeto contratado), que impedem o fiscal de recusar o recebimento do objeto; arremata arguindo que não teria concorrido para a escolha do fiscal, escolhido em gestão anterior e sujeito, como servidor público, às normas de investidura, hierarquia e organização do cargo.

108. Alega que inexistiria qualquer ato na sua esfera decisória capaz de evitar o dano glosado, posto que recebera o contrato no curso de relações jurídicas consumadas (subdimensionamento do parâmetro de estudo das chuvas e cheias já no termo de referência, com a definição de período limitado abrangido pelo estudo, e outorga do contrato com esta restrição de período). Conclui que, se não tinha como agir para evitar o dano, o seu ressarcimento não poderia ser-lhe imputado.

109. Repisa a condição de agente político do cargo de secretário de Estado, citando alguns excertos e referências de decisões do STF e do TCU, condição essa que lhe afastaria da responsabilização mais geral da culpa civil e do erro técnico, para refutar sua responsabilidade por

culpa decorrente de falha de atividade técnica praticada na esfera de agentes administrativos (e contratados) e não decorrente de decisão política em sua gestão.

110. Sintetiza as situações que afastariam sua responsabilização direta ou indireta pelas irregularidades apontadas: (1) o projeto executivo entregue em sua gestão estava conforme com o termo de referência, prevendo quantificação do volume de cheias para tempo de recorrência de 10, 20 e 30 anos, (2) o estudo de cheia afluente abrangeu tempo até maior do que o exigido no termo de referência, adotando tempo de recorrência de 100 anos, (3) à época em que o projeto executivo foi entregue inexistia norma técnica regente de estudos hidrológicos para barragens, (4) o termo de referência, a licitação e contratação ocorreram em gestão anterior, (5) os técnicos que receberam o projeto certificaram de sua correspondência com o contratado, (6) os técnicos recebedores do projeto não foram escolhidos pelo defendente, em vista do regime de investidura deles, (7) na condição de agente político, apenas representou o Estado nos pactos efetuados, não praticando atos decisórios específicos, (8) não concorreu com dolo ou culpa para os erros e prejuízos apontados, além de não poder ser-lhe exigida conduta diversa da adotada.

Análise

111. O voto do acórdão citado pelo responsável defende o prazo quinquenal para aplicação de sanções prevista na Lei 8.443/1992, no entanto, não se trata de prescrição de ações de restituição ao erário, mas apenas de sanções (multa, no caso em tela), e o entendimento pacificado pelo TCU no Acórdão 1441/2016-Plenário não dá guarida à alegada prescrição, pois estabelece o prazo de prescrição em dez anos e apenas para a aplicação de multas, sendo imprescritível a imputação de débitos. No entanto, mesmo adotando-se o prazo de dez anos, a prescrição da pretensão sancionadora do TCU ocorre.

112. O fato alegado de ter o responsável outorgado apenas um aditamento contratual de preço e um aditamento do convênio de valor não afasta a responsabilidade do gestor pelos recursos ordenados, ao contrário, tais aditamentos juntamente com os demais apontam a plena execução do objeto contratado, a despeito dos questionamentos que se deram contemporaneamente à gestão do respondente. De todo modo, deve-se sopesar as outras alegações do responsável, mais substantivas, para fundar e firmar juízo sobre sua responsabilidade, bem assim as circunstâncias temporais de sua gestão. É o que se faz a seguir.

113. Sobre tais circunstâncias, observa-se que, distintamente do responsável Ovídio Antônio de Angelis (secretário da Seplan/GO entre 1/1/1995 e 7/5/1998), a gestão do defendente não acompanhou nem geriu os procedimentos de licitação e contratação relativos ao convênio 20/1997, tampouco os relativos aos convênios subsidiários antecessores (82 e 83/1995), não alcançando nem parte de suas respectivas vigências. Nessas condições, sua responsabilidade in vigilando e in eligendo ficam atenuadas. No entanto, sobreleva-se sua responsabilidade in procedendo, eis que fora alertado reiteradamente acerca de falhas, incompletudes e riscos do projeto e estudos hidrológicos. Sua omissão quanto a esses problemas está caracterizada, por exemplo, no relatório do processo administrativo disciplinar PAD e na Informação Financeira do MI de 25/1/2003.

113.1 Com efeito, no referido PAD ficou consignado taxativamente a ciência prévia do responsável em tela sobre os problemas de projeto, inclusive sobre a deficiência dos estudos hidrológicos. Eis a transcrição de trecho do relatório do PAD com destaques agora inclusos (peça 3, p. 13-14, do apenso TC 008.869/2009-8):

29.12 Contudo, não se pode olvidar que **o subdimensionamento do vertedouro é uma consequência de um projeto mal elaborado, cujas falhas foram devidamente apontadas em dezembro de 1999, no Parecer Técnico FC 37/99, da lavra do engenheiro civil, especialista em obras hídricas, Fernando M. Cabral de Vasconcellos Filho, fls. 165/167, corroborado pelas declarações da testemunha, engenheiro civil, também especialista em barragens, André Koff Sanfanna, fls. 381/382, que disse que "como especialista em barragens, acompanhou os também Consultores Eldan Veloso e Marcos Ramos, numa visita de inspeção às obras de construção da Barragem Paranã, isto em outubro de 1999, quando teceu comentários sobre a segurança do vertedouro. Que pode afirmar que à época assinou, juntamente com os outros consultores, relatório de**

inspeção pertinente, não se recordando se nesse documento ficaram registradas as observações acima consignadas. Que em janeiro de 2000 o Depoente foi chamado a uma nova inspeção na obra, em função de terem ocorrido problemas de extravasamento pela tomada d'água localizada à ombreira esquerda da barragem e danos no vertedouro tipo descarregador de fundo provocados por uma onda de cheia maior que a prevista, acreditando que foi exatamente nesta ocasião que **o depoente recomendou a revisão dos estudos hidrológicos e verificação das condições do vertedouro para passagem de uma onda de cheias maior do que a já admitida**”.

29.13 Mesmo entendimento teve a testemunha Teima Rocha Torreão, então Gerente de Projetos e responsável pelo Convênio 14/98 no âmbito da SIH/MI, que em seu depoimento de fls. 347/348, disse que "o PIFG foi solicitado pela Seplan/GO, cujo projeto veio acompanhado dos estudos básicos, incluindo-se os estudos hidrológicos, conforme consta do Relatório de Viagem feita pela equipe técnica da gerência da Depoente, senhores André Koff, Marcos Ramos e Eldan Veloso, ..."; que "com base no mencionado relatório pode verificar que **havia a necessidade de se rever os estudos hidrológicos, tanto assim que, à época, emitiu mensagem ao então Secretário da Seplan/GO, Dr. Giuseppe Vecchi, por meio de fax, pedindo revisão dos estudos hidrológicos, ...**" e que não obteve resposta. Disse ainda a testemunha que se os estudos hidrológicos tivessem sido realizados de acordo com o solicitado certamente o sangradouro da barragem Paranã teria sido redimensionado a tempo de se evitar qualquer dano à obra, como o ocorrido em 2004, salientando que não tem conhecimento se os estudos foram refeitos."

29.14 As informações prestadas pelas testemunhas acima apontadas podem ser confirmadas pelos documentos de fls. 349/357.

113.2 Similarmente, na Informação do MI de 25/1/2003 (citada no item 113 retro) ficou assente a ciência do ex-gestor Giuseppe Vecchi e a oportunidade de ele ter agido a tempo, conforme transcrições seguintes com grifos ora acrescidos (peça 5, p. 84-86 do TC 000.879/2014-2):

58. Destaca-se que a SIH, quando da vistoria das obras realizada em 21/10/1999, registrou que com "a chegada das chuvas, e confirmados os elementos dos estudos hidrológicos que preveem cheia máxima de 2.906 m³/s (Tr = 100 anos), que poderá ocorrer no período de outubro/99 - março/2000 e com o maciço da barragem inferior a de segurança, poderão ocorrer danos de vulto nas obras já executadas, inclusive colocando em risco populações localizadas à jusante do barramento" e "o projeto encaminhado não apresentou estudos de laminação de cheias", motivo pelo qual **solicitou providências a Seplan, na pessoa do então Secretário de Estado Giuseppe Vecchi, "um estudo hidrológico completo indicando curvas e vazões de permanência, média de longo termo, vazões médias mensais, vazões de projeto para recorrências de 10, 25, 100, 500 e 10.000 anos"** (Relatório de Viagem de 26/10/1999, folhas 1047 a 1054).

59. A SIH voltou a pronunciar-se quanto às obras executadas, principalmente no que diz respeito a necessidade de que a Seplan apresentasse documentação técnica, contendo detalhes de todos os fatores que levaram à elevação dos custos da barragem Paranã de R\$ 10.638.830,00 para R\$ 21.170.971,33, condicionando a aprovação da prestação de contas ao resultado da análise das justificativas a serem apresentadas pelo Estado do Goiás (Parecer Técnico de 29/10/1999, folhas 1055 a 1064).

60. Em 22/11/1999, o então Secretário de Estado Giuseppe Vecchi apresentou justificativas e esclarecimentos acompanhados da documentação solicitada pela SIH (Ofício 975/99, folhas 1066 a 1127), cuja análise preliminar permitiu concluir que o Projeto Básico de Engenharia do Projeto Flores do Goiás não só era incompleto, como demonstrava insuficiências técnicas que o tornavam inexequível nos quesitos técnicos e financeiros. (...)

63. **A SIH realizou vistoria in loco em 12/1/2000 com o objetivo de "constatar os efeitos das chuvas caídas na região da barragem e verificar o seu comportamento, bem como as consequências denunciadas pela imprensa, relacionadas com danos ao meio ambiente", concluindo por recomendar a liberação imediata da 6ª parcela de recursos federais no valor de R\$ 1.050.000,00 (Relatório de Viagem de 17/1/2000, folhas 1227 a 1234; ratificado pelo Relatório de Inspeção 1/00, de 17/1/2000, folhas 1235 a 1237). Ainda com relação ao planejamento de solução para continuidade das obras, foi realizada reunião entre Ministério, Seplan e Geoserv (Ata de 19/1/2000, folhas 1240 e 1241), ficando acordado a adoção das seguintes providências:**

1) A Geoserv irá contratar hidrólogo para refazer os estudos de vazões;

2) O projeto executivo deverá contemplar providências referentes à ictiofauna, na qual a equipe da AGMARN deverá participar;

3) A Seplan deverá apresentar as soluções preventivas do projeto para atender a passagem de uma possível cheia de março; e



4) Deverá ser feita revisão do projeto, principalmente do vertedouro, em função das mudanças introduzidas para permitir a passagem das cheias.

64. As justificativas e as prestações de contas apresentadas pelo Senhor **Giuseppe Vecchi** foram acatadas e aprovadas pela Gerência do Projeto no Ministério, a qual recomendou a liberação da 6ª parcela e encaminhar os autos para análise financeira da comprovação dos gastos (Parecer Técnico de 21/1/2000, folhas 1242 a 1244). **Ressalto que, apesar do manifesto favorável as alegações apresentadas pela SEPLAN, não há registro quanto ao cumprimento das providências saneadoras acordadas entre as partes.**

113.3 Em meio aos problemas de ordem técnica, ocorreram falhas e atrasos nas prestações de contas e na transparência dos serviços conveniados e contratados. Desde o parecer técnico de 28/10/1999 (peça 1, p. 348 do TC 000.879/2014-2) já se questionava a falta de informações sobre o projeto executivo: “nenhuma documentação técnica”; prestação de contas apresentada apenas parcialmente, que “responde por somente 12% dos recursos repassados”; falta de relatório sobre o estágio do projeto executivo. O problema perdurou, depois com pendências documentais financeiras, a tal ponto que o responsável deixou a pasta sem prestar contas de forma definitiva, eis que o relatório de cumprimento do objeto conveniado somente foi apresentado por expediente da Seplan/GO de 25/3/2004 (peça 2, p. 210-266 do TC 000.879/2014-2).

113.4 A conclusão da comissão do PAD à peça 3, p. 16, do apenso TC 008.869/2009-3, foi no sentido de omissão de dois dos ex-secretários da Seplan, inclusive o responsável em tela:

Com relação aos ex-Secretários da Secretaria de Planejamento do Estado de Goiás – Seplan/GO, Giuseppe Vecchi e Ovídio Antônio de Angelis, pode se afirmar que eles tiveram oportunidade de adotar medidas com vistas a novos estudos hidrológicos e consequentemente ao redimensionamento do vertedouro a tempo de se evitar os problemas ocorridos no empreendimento, até porque, como restou comprovado, foram instados para isso e não responderam à altura de suas competências. Entretanto, não obstante os fortes indícios de que tenham contribuído de maneira omissiva ou comissiva para que as irregularidades acontecessem, não foram indiciados por este Colegiado porque à época dos fatos ocuparam cargo público na esfera estadual e, portanto, não sujeitos à aplicação de eventual penalidade imposta pelo Ministro de Estado da Integração Nacional, devendo responder a uma Tomada de Conta Especial e/ou a um Processo Administrativo Disciplinar, este no âmbito do Estado de Goiás. Isso se aplica a outros servidores da Seplan/GO que eventualmente tenham contribuído para a ocorrência das irregularidades na Barragem Paraná.

114. Sobre as alegações mais substantivas apresentadas pelo responsável, de fato, procedem as assertivas relativas ao reconhecimento de falha nos estudos hidrológicos originais pela subcontratada que os executou; à relação direta dessa falha com o tempo minimizado de recorrência de chuvas adotado nos estudos; à relação causal entre o estudo original falho (convênio 82/1995), o subdimensionamento questionado (convênio 20/1997) e o dano apurado. Contudo, a responsabilidade da contratada, autora do projeto falho, não afasta a corresponsabilidade de quem a contrata e quem deve acompanhar o contrato, mormente quando alertado sobre problemas na execução dos projetos contratados.

115. Desse modo, a procedência de alguns argumentos de responsável e o excludente quanto à multa, em vista do mesmo enquadrar-se na mesma situação examinada no item 149 adiante (decorridos mais de dez anos entre o marco inicial do prazo prescricional, 11/1/2003, e a citação válida do responsável nesta Corte, 9/1/2015 – peça 36), não afastam a sua responsabilização pelo débito pelo qual foi citado, considerando-se o conjunto de indícios convergentes sobre a sua ciência a respeito das falhas de estudo hidrológico no projeto executivo, sem qualquer prova nos autos de que tenha adotado providências corretivas; ao contrário, a sobrevivência dos estragos na barragem em 2004, a falta de menção e prova dessas providências nos autos e a reavaliação hidrológica promovida em meados de 2004 (peça 37 do apenso 000.879/201-2, p. 41-49) demonstram a falta de revisão a tempo, quando dos alertas efetuados na vigência do Convênio 20/1997. Rejeitadas as alegações do defendente, devem ser julgadas irregulares suas contas, com imputação do débito correspondente mencionado em sua citação.

Citação de Oton Nascimento Júnior, Secretário da Seplan/GO de 18/3/2008 a 1/1/2011
Termos da citação

116. O responsável foi citado (item 60 retro) nos seguintes termos: apresentar alegações de defesa e/ou recolher, solidariamente com os responsáveis abaixo nominados, aos cofres do Tesouro Nacional as quantias também abaixo indicadas, atualizadas monetariamente a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, abatendo-se na oportunidade a quantia eventualmente ressarcida, na forma da legislação em vigor, em decorrência das irregularidades abaixo sumariadas relacionadas ao Projeto de Irrigação Flores de Goiás (PIFG), incorrendo em infração às IN STN 2/1993 e 1/1997 e aos termos dos convênios respectivos:

Débito o (R\$)	Data	Irregularidade originadora do débito
213.7 18,75	25/ 5/2009	falta de execução da rede trifásica, transformador, calhas e meio fios no Convênio 48/2001

Alegações de defesa apresentadas (peça 61)

117. O responsável alega inicialmente que, dada a sua gestão de 2008 a 2011 teria a incumbência de dar continuidade às decisões e procedimentos iniciados em gestões anteriores, incluindo assinatura de prestações de contas, ordenamentos e pagamentos efetivados anteriormente a sua gestão, por dever de ofício, sendo suas ações desprovidas de imperatividade, não tendo participado, influído, decidido ou convalidado trâmites técnico-financeiros de forma inicial ou imperativa.

118. Destaca que teria apresentado prestações de contas parciais que foram aprovadas sob os aspectos técnico e financeiro, a demonstrar que não agiu ilegalmente nem violou deveres funcionais muito menos de forma omissa ou dolosa.

119. Lembra que o projeto foi acompanhado e vistoriado pela empresa Geoserv, responsável pela emissão de relatórios que subsidiavam o gestor estadual do contrato da quase totalidade da obra. Que teria sido subsidiado também pelo setor técnico da pasta, por relatórios, medições, notas fiscais etc., guiado pelo princípio da confiança e fé pública, até pela falta de expertise relacionada ao cargo e formação que detinha.

120. Questiona a vistoria in loco realizada pelo MI que apontou serviços não executados, alegando que os fatos seguintes não teriam sido considerados na vistoria, fatos que demonstrariam a necessidade de adequação da implantação da rede à realidade local: (i) a rede elétrica trifásica prevista para a barragem Porteira teria sido impedida de passar pela propriedade de terra adjacente, optando-se tecnicamente pela interligação monofásica à rede preexistente na propriedade vizinha para atender aos equipamentos de acionamento das comportas; (ii) para atendimento da futura rede trifásica, ter-se-ia optado pela execução de todo serviço de base (posteamento, tirantes e outros acessórios); (iii) assim, apenas o cabeamento teria sido monofásico e toda estrutura teria ficado pronta para a rede trifásica, a ser instalada em sua totalidade com a futura barragem Extrema; (iv) teria restado mera diferença de custo do cabeamento de aproximadamente 4 km.

121. Alega que a medição do período 1/10 a 30/11/2009 (peça 61, p. 13-14) demonstraria os itens e valores dos serviços executados na barragem Porteira relativos aos serviços glosados, assim como o memorial de cálculo dos serviços executados de out/2009 a jan/2010 (peça 61, p. 15-20) especificaria os serviços realizados na urbanização, proteção e rede elétrica, tudo encontrando suporte em notas fiscais etc., conforme legislação regente, não havendo que se falar em pagamento por serviços não executados.

122. Alega por fim que, diante das informações e provas apresentadas, com documentos e fotos de rede monofásica substituta, dos transformadores e obras de acabamento (peça 61, p. 9-12), ficaria patente que não foi negligente, omissa ou imprudente quanto à aprovação de pagamentos dos serviços inquinados, posto que executados e comprovados, e evidenciado que não houve prejuízo ao erário nem violação à lei e aos princípios administrativos. Requer procedência do alegado ou a realização de nova vistoria.

Análise

123. No geral, as alegações trazidas teriam o condão meramente de atenuar a responsabilidade do defendente sem afastá-la por completo. É que, a princípio, os documentos de prova mostram-se frágeis: fotos obscuras em cópia, medição relativa a período restrito, sem assinatura. Sobre a medição e sua memória de cálculo, acresça-se que, mesmo que reportassem exaustivamente os serviços e fossem assinadas, não serviriam necessariamente como prova inconteste, eis que buscam embasar os pagamentos de serviços que ora se questionam por inexistentes.

124. Entretanto, as informações e dados trazidos pelo defendente chamam direta ou indiretamente a atenção para dois fatores importantes a serem considerados, suscitando um reexame da questão: os números da medição e da memória de cálculo apresentados apresentam correlação com outros fatos e dados constantes dos autos; e o cálculo do débito imputado ao responsável na citação mostra-se impreciso, não especificado. Estes dois fatores tendem a desconstituir a responsabilização e o débito em tela.

125. Sobre os documentos anexados pelo defendente, a medição, restrita a um período de dois meses (1/10 a 30/11/2009), informa execução de 1.850 m de meio fio, a um custo de R\$ 7.289,00 (item 9.15.07), e execução de 6,214 km de rede elétrica e 2 transformadores, a um custo de R\$ 33.048,84 (R\$ 28.884,78 mais R\$ 4.164,06, itens 9.17.01 e 9.17.02), o que é compatível com a prestação de contas, ou seja, correspondentes às especificações e valores do item 8.15.07 e dos itens 8.17.01.1 e 8.17.02.1 do relatório de execução físico-financeira à peça 27 do apenso, p. 170 e 182.

126. A memória de cálculo, por sua vez, aponta execução de 1.850 m de meio fio (item 9.15.07), sem especificar o custo, e execução de 6,214 km de rede monofásica a um custo total de R\$ 86.252,90 (item 9.17.01 da planilha) mais 2 transformadores 10 kVA, a um custo total de R\$ 4.100,00 (item 9.17.02 da planilha). Como a memória apresenta composições específicas dos itens de energia elétrica, depreende-se que teria havido maior gasto do que o recebido pelos serviços de implantação da rede elétrica, mesmo se considerada a menor extensão da rede consignada no relatório de execução físico-financeira como executada, 3,95 km, que multiplicada pelo custo do km consignado no memorial (R\$ 13.880,42), resultaria gasto acima de 54 mil reais. Isso abstraindo-se dos efeitos legítimos de reajustes advindos do lapso de tempo entre contrato e medição.

127. Dessa forma, como o próprio relatório de cumprimento do objeto informa a não execução dos itens de energia elétrica como previstos no plano de trabalho (vide comparativo à peça 31 do apenso, p. 57) e como os serviços passaram por alterações de quantidades e até de valores, mediante o 5º e 8º termos aditivos, e tiveram itens executados ora a mais ora a menos (vide apenso, peça 25, p. 230-234, peça 27, 166-170, e peça 31, p. 55-57), nesse contexto de alterações importantes e variadas (a despeito de se poder questionar, mas não foi objeto de citação ou audiência), a falta ou redução de execução de itens podem ter sido compensadas com a execução a maior de outros itens (por exemplo, na barragem Porteira, a permuta de 67.523 m² de “revestimento vegetal com grama em placas, prevista originalmente, por 44.258 m² de “revestimento vegetal com hidrossemeadura”; ou a execução exponencialmente maior de “desmatamento, destocamento, limpeza com árvores diâmetro < 15cm, que previa 0,7 m² e foi executado 1.341.004 m² – peça 31 do apenso, p. 55-57 e peça 27 do apenso, p. 166-170). Nessa linha, a glosa perde força e razão e as alegações do respondente fazem sentido em vista inclusive de notícias da época sobre o andamento dos serviços em questão:

-Informação em relatório de fiscalização de 9 e 10/12/2009 (apenso, peça 26, p. 246) sobre decisão de não construção de item correlato ao meio fio por razões técnicas e sobre o estado de montagem de item correlato à rede elétrica:

Inspecionado o barramento Porteira, constatou-se instalação de meio fio no lado jusante. O Estado informou, pelo engenheiro Adalberto, que a referida calçada não será instalada no lado montante, visto que a caída de água é para esse lado. Ainda está em fase de montagem o painel elétrico das comportas do canal.

128. Sobre a imprecisão do débito, é de se questionar a falta de especificação da base e critério de seu cálculo, restando as seguintes referências gerais e difusas acerca da matéria (apenso, peça 31, p. 47-48):

Com exceção dos itens (i) serviços preliminares, (ii) limpeza da área e retirada de entulho e (ix) energia elétrica, bem como itens internos da obra, todos os outros foram vistoriados em 18/12/2012 e se encontravam conforme relatado nos parágrafos 5.2.2 e 5.2.3 acima.

Percebe-se haver descompasso entre o Relatório de execução física do objeto e o que foi pactuado no plano de trabalho. Entretanto, dado ao tempo decorrido entre a obra e a análise da prestação de contas, não foi possível saber o porquê dessa diferença.

Embora observado que as obras foram executadas, entende-se que o convênio pode ser aprovado com ressalvas, uma vez que o Relatório de execução física apresenta descompasso com o plano de trabalho e que itens importantes, como a execução de linha de energia trifásica e parte do sistema de Urbanização e proteção, como calhas e meio fio, não foram executados em sua totalidade ou executados parcialmente, e que o Ministério não foi notificado quanto a isso.

(...) recomenda-se (i) aprovar parcialmente e com ressalvas a prestação de contas final, (ii) encaminhar o processo à CGCONV para que tome as medidas cabíveis e necessárias ao pleno recebimento do objeto, (iii) glosar o valor da rede trifásica, transformador, calhas e meio fios, que no ano de 2007 somavam R\$ 237.465,28 e (iv) encaminhar cópia deste Relatório de vistoria ao Governo de Goiás para conhecimento.

129. Desse modo, a presente análise oportunizou reexame da irregularidade inquinada ao respondente, evidenciando verossimilhança de suas alegações e imprecisão do débito, particularmente tendo-se em conta (i) a possibilidade de troca circunstancial da rede trifásica por monofásica, (ii) a informação na prestação de contas de execução parcial dos serviços inquinados, a par da execução de outros em quantidade maior do que a prevista, por força de aditivos e compensações de serviços, (iii) e falta de clareza e especificação sobre a base de cálculo e constituição do débito. Tais lacunas impedem a responsabilização de quem quer que seja; ademais, se sanáveis processualmente ou se não existissem tais lacunas, ainda faltaria citar a empresa contratada, com prévia configuração de sua corresponsabilidade, o que não ocorreu.

130. Assim sendo, resta desconstituído o débito e excluída a correspondente responsabilização do respondente, não mais se sujeitando a sanções por parte desta Corte. Assim, devem-se acatar as alegações de defesa e julgar regulares as contas do responsável.

Citação da sociedade empresária Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda., contratada para execução dos serviços objeto dos Convênios 82/1995 e 20/1997

Termos da citação

131. A sociedade empresária foi citada (item 60 retro) nos seguintes termos: apresentar alegações de defesa e/ou recolher, solidariamente com os responsáveis abaixo nominados, aos cofres do Tesouro Nacional as quantias também abaixo indicadas, atualizadas monetariamente a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, abatendo-se na oportunidade a quantia eventualmente ressarcida, na forma da legislação em vigor, em decorrência das irregularidades abaixo sumariadas relacionadas ao Projeto de Irrigação Flores de Goiás (PIFG), incorrendo em infração às IN STN 2/1993 e 1/1997 e aos termos dos convênios respectivos:

Débito (R\$)	Data	Crédito (R\$) / Data	Responsáveis solidários	Irregularidade originadora do débito
63.092,37	31/12/1996	2.264,98 13/5/1999	Ovídio Antônio de Ângelis, Wellington Carlos da Silva, Antônio Alberto Basílio	Estudo hidrológico falho no Conv. 82/1995
29.779,60	7/5/1998	-	Ovídio Antônio de Ângelis, Antônio Alberto Basílio	Vertedouro principal subdimensionado, Conv. 20/1997
19.853,15	4/6/1998	-	Wellington Carlos da Silva, Antônio Alberto Basílio	
9.926,58	1/1/1999	-	Ângelo Rosa Ribeiro, Antônio Alberto Basílio	
69.486,03	1/1/1999	-	Wellington Carlos da Silva, Ângelo Rosa Ribeiro, Antônio Alberto Basílio	
95.436,08	30/6/2001	-	Giuseppe Vecchi, Antônio Alberto Basílio	



Alegações de defesa apresentadas (peça 92)

132. De início, a empresa traça um histórico das licitações e convênios firmados envolvendo os serviços executados por ela e, nesse contexto, frisa inclusive que o projeto básico que amparou a Concorrência 2/1997 teria sido uma adequação de trabalho anterior desenvolvido, em 1993, pela empresa Engesolo.

133. Argumenta, preliminarmente, que não haveria dano ao erário em razão da exclusão de débito nos convênios 14/1998, 30/2007 e 69/2007 pelo MI e TCU, que teriam considerado os respectivos objetos e obras complementares, ou melhor, que não houve perda dos serviços executados pelo primeiro convênio citado, que houve regular execução das obras do segundo convênio e que houve restituição dos recursos do terceiro convênio (itens 32 e 34 retro). Alega, enfim, que, se as obras foram integralmente aproveitadas e entregues à população, atendendo o interesse público primário, seria descabido o débito proposto, tendo ocorrido mera aplicação de recursos diferida no tempo, com a execução do vertedouro em duas etapas com o mesmo custo que em única etapa.

134. Alega que teria agido de boa-fé, sempre presente em reuniões e cumprindo determinações em prol da execução dos objetos conveniados, e que não teria composto o polo passivo na TCE instaurada pelo MI.

135. Alega que teria sido prejudicado seu direito de ampla defesa em virtude de terem decorrido mais de dez anos dos fatos questionados, extrapolando a prescrição decenal do Código Civil; que a empresa teria sido citada mais de 19 anos após da ocorrência do primeiro fato gerador (31/12/1996), devendo ser considerado prejudicado o julgamento do mérito em razão do comprometimento da defesa dado o longo prazo decorrido, conforme jurisprudência do TCU (Acórdão 1520/2009-1ª Câmara); que a IN TCU 71/2012, no inc. II do seu art. 6º, dispensa julgamento das contas quando decorridos mais de dez anos entre os fatos e a notificação do responsável; que, nesse sentido, seria aplicável ao defendente o mesmo tratamento dispensado aos responsáveis em sede do Acórdão 5001/2010-2ª Câmara, quando se afastou a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento em prol dos princípios do contraditório, ampla defesa e segurança jurídica; que um parâmetro razoável para definir a aplicabilidade/alcance da ressalva constitucional de imprescritibilidade em comento consistiria em aferir o dolo do agente, quando este houvesse predominaria a imprescritibilidade em prol da moralidade e interesse público.

136. Repisa que o feito deveria ser enquadrado como contas ilíquidáveis, já que a passagem de quase duas décadas depois dos fatos representaria quase a decretação antecipada de culpa da empresa, enfraquecida severamente em sua capacidade de defesa documentada e eficaz. Destaca que jamais fora notificada por qualquer órgão nesta TCE antes de 30/1/2015; que a jurisprudência do TCU estaria adotando sistematicamente o arquivamento de TCE instauradas após dez anos do fato gerador, considerando-as contas ilíquidáveis, com arrimo no art. 20 da Lei 8.443/1992, conforme Acórdãos 2647/2007-Plenário, 2798/2009-2ª Câmara e 5105/2010-1ª Câmara.

137. Argumenta que os autos demonstrariam regularidade de sua atuação nos convênios 82/1995 e 20/1997, afastando o nexo causal entre a sua conduta e o suposto débito, configurando-se ausência de pressupostos para instauração da TCE; que a sanção contratual também seria indevida, inclusive pela incidência da prescrição quinquenal.

138. Em tópico específico denominado “fundamentos jurídicos”, a empresa busca refutar as irregularidades que lhe foram atribuídas, conforme itens 139 e 140 seguintes.

139. Relativamente à falha no estudo hidrológico, causa básica original do subdimensionamento do vertedouro no projeto objeto do convênio 82/1995 e na obra do PIFG, a empresa defendente repete o argumento de que a complementaridade, apontada pela análise ministerial e do Tribunal, entre as obras originais e de reparação indicariam que os serviços foram todos aproveitados e teria havido aplicação diferida dos recursos no tempo.

140. Sobre o projeto subdimensionado da vazão do vertedouro principal no convênio 20/1997, alega que o controle interno (CGU) teria concluído pela responsabilização de seis agentes públicos dirigentes da Seplan/GO e não da Geoserv; que na instrução do TCU teria recorrido a nexo causal

“emprestado”, nexa causal relativo ao convênio 82/1995 para o convênio 20/1997, o que seria inadmissível, pois levaria à responsabilização em cadeia de empresas distintas, na hipótese de haver diferentes contratadas nos dois convênios citados; e que na mesma instrução haveria adoção de critério diverso para imputar débito à Geoserv (convênio 20/1997) em relação ao critério adotado para excluir o débito no convênio 14/1998 – ambos objetos nos dois convênios foram executados com base em projeto aprovado pela contratante e originado de um outro convênio anterior (82/1995).

141. Em terceiro e último tópico denominado “síntese”, a empresa apresenta os seguintes argumentos, ora repisados:

a) O débito imputado na instrução de peça 7 teria sido meramente quantificado sem a sua caracterização, tendo em vista que as obras teriam sido executadas, complementadas e entregues, atendendo ao plano de trabalho e ao interesse público;

b) A empresa não teria podido exercer plenamente o contraditório e ampla defesa, dado que sua citação ocorreu após quase duas décadas e uma década e meia em relação aos respectivos convênios 82/1995 e 20/1997, caracterizando cerceamento de defesa e enquadrando-se a situação em contas ilíquidáveis sujeitas ao arquivamento;

c) O dano não estaria caracterizado na TCE, visto inexistir nexa causal entre a ação da Geoserv e o suposto débito, não havendo os necessários elementos fáticos e jurídicos como pressupostos da TCE;

d) O apontado subdimensionamento do vertedouro principal no projeto objeto do convênio 82/1995 não teria resultado dano algum, porque aprovado o projeto pelas administrações estadual e federal e atingidos seus objetivos e porque utilizado plenamente para execução das obras sem perdas, atingindo seus objetivos.

Análise

142. Pode-se dividir as alegações da respondente em três grupos: as relativas à suposta insubsistência do débito em razão da exclusão de débito nos convênios sucessores de reconstrução e reforço de vertedouros, as relativas ao suposto empréstimo de nexa causal de convênio anterior e as relativas às supostas circunstâncias de prejuízo à defesa e extinção processual.

143. Quanto ao primeiro grupo de alegações, nota-se que a exclusão de débito relativo aos convênios das obras (arguida nos itens 133, 139, 141-a/d retro) não autoriza automática exclusão do débito relativo aos projetos deficientes dessas obras. É óbvio e cristalino que o projeto deficiente ensejou prejuízos de monta ao erário e à população alvo, ensejando novos convênios para execução de obras emergenciais e complementares que chegaram a praticamente dobrar os valores inicialmente aportados para a obra da barragem Paranã (vide quadro do item 5 retro, convênios 14/1998, 281/2004, 30 e 69/2007).

144. Há dificuldade contábil e operacional de se mensurar esses valores diferenciais, no sentido de apontar débito com precisão. Contudo, é lógico e razoável afirmar-se que a obra original objeto do convênio 14/1998 seria mais onerosa do que o montante gasto pelo mesmo convênio se atendesse e se baseasse em um projeto executivo completo e sem defeito (não subdimensionado), mas muito menos onerosa do que a soma dos repasses dos convênios 281/2004, 30/2007 e 69/2007 que foram firmados para contornar e enfrentar a falha de projeto (subdimensionamento da vazão do vertedouro principal) e sua consequência prática (rompimento da barragem, destruição do vertedouro de emergência). A complementaridade apontada pelo MI e TCU não é absoluta e integral, obviamente refere-se ao aproveitamento de serviços anteriores remanescentes na consecução de vertedouros mais consistentes e resistentes. E não fosse o prejuízo financeiro direto decorrente do projeto mal elaborado, ainda teriam os prejuízos sociais e financeiros indiretos, a exemplo do longo adiamento das obras, da estrutura administrativa movida para estudo do problema, da reelaboração de projetos e licitações, da assinatura de novos convênios e contratos, das diligências, fiscalizações e apurações de responsabilidade, incluindo esta TCE etc.

145. Assim, os convênios referidos pelo respondente, vistos isoladamente, não apresentaram débito visível, dano quantificado pelo concedente, tendo em conta que tiveram a serventia de reparar

projeto incompleto e completar a capacidade da barragem. Entretanto, vistos de forma sistemática e em conjunto, corroboram a falha original de projeto. A inviabilidade de se mensurar o montante a mais gasto em múltiplas fases de construção de vertedouros da barragem de Paranã, relativamente ao que seria gasto em única fase que tivesse projeto hábil e suficiente, não autoriza a exclusão do débito relativo ao erro originador do desastre em comento que provocou a multiplicidade de fases construtivas, não se tratando de empreendimento com execução funcional parcelada, nunca legitimando a tese da defendente de mera execução diferida de obras sucessivas e complementares.

146. Quanto ao segundo grupo de argumentos, relativos à suposta existência de contradições na responsabilização da empresa, incluindo a repetição de nexos causal de convênio/situação anterior (itens 140 e 141-c retro), não resistem à análise mais acurada e integrada dos convênios e das obras do PIFG. É que as circunstâncias de contemporaneidade e complementaridade dos convênios 82/1995 e 20/1997 e respectivos contratos não podem apenas beneficiar a empresa contratada, mas deve também buscar relações causais e responsabilizações que a continuidade administrativa e executiva dos termos de convênios e de contratos permite e exige.

147. Ademais, a elaboração de projeto executivo oportuniza não só detalhamento como aperfeiçoamento do projeto básico, não fosse assim os defeitos e inconsistências do projeto básico seriam meramente ampliados (pela especificação), as lacunas seriam simplesmente reproduzidas. Este aspecto do aprimoramento e complementação dos projetos está inclusive consignado na nota técnica do concedente que antecedeu e autorizou a formalização do convênio 20/1997 (peça 1 do apenso, p. 174), quando determina “anexar a presente nota ao processo ... para as demais providências necessárias à celebração de convênio ... tendo por objeto o detalhamento do projeto final de engenharia (complementação do básico e elaboração do executivo)”. Vê-se que, desde a execução do projeto básico, a empresa atuou no limite mínimo ou aquém dos requisitos técnicos, dando margem a vários questionamentos e complementações do objeto, conforme consignado acima (itens 68, 79-Análise, 80) e no Voto da Decisão TCU 617/2002-P (caracterizando o projeto básico como incompleto e inconsistente). De todo modo, o argumento crítico sobre “nexo causal emprestado” desaparece diante da exclusão do débito relativo ao convênio 82/1995, conforme discorrido nas análises das defesas de Ovídio Antônio de Ângelis, Antônio Alberto Basílio e Giuseppe Vecchi, acima.

148. Por sua vez, refuta-se o derradeiro grupo de argumentos – que dizem respeito à situação processual caracterizadora de suposto prejuízo à defesa da respondente, de prescrição e necessidade de arquivamento dos autos (itens 134-137 e 141-b retro) – por meio das seguintes constatações factuais e jurisprudenciais. O MI não incluiu formalmente a empresa na TCE, mas apontou para a necessidade de esta Corte fazê-lo, mencionando razões e fatos para a sua responsabilização (item 27 retro), não prosperando a alegação da empresa em sentido contrário. O enquadramento em contas ilíquidas mediante a alegação de prejuízo a ampla defesa decorrente da antiguidade dos fatos inquinados não é automática, cabendo ao interessado demonstrar o impedimento ou a dificuldade de exercer plenamente sua defesa, como causa fortuita ou de força maior (Súmula 3, Acórdãos 67/2014-Plenário, 6974/2014-1ª Câmara, 9570/2015-2ª Câmara).

149. No tocante às alegações sobre prescrição, há reconhecidamente duas situações, uma relativa ao débito e outra, à possibilidade de multa e outras sanções. Quanto ao débito, a própria defendente reconhece a sua imprescritibilidade com fulcro constitucional, mas pleiteia que sua aplicação dependa da ocorrência de dolo, o que não encontra amparo constitucional, legal ou jurisprudencial. Quanto às sanções aplicáveis por esta Corte, assiste razão ao responsável na atual fase de debate do tema neste Tribunal, que pacificou o entendimento pela prescrição decenal da pretensão punitiva (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário). Assim, considerando que decorreram mais de dez anos entre a ocorrência da irregularidade (entre os anos de 1996 e 2001) e a citação válida da empresa defendente (13/1/2015 – peças 25 e 37).

150. Desse modo, há que se reconhecer prescrita a multa que poderia ser aplicada e não prescrito o débito imputável à defendente. Com efeito, o ressarcimento do prejuízo havido é imprescritível e os valores de débito pelos quais foi citada a empresa estão perfeitamente

configurados – ao contrário do débito maior que se poderia ainda perquirir, mas com o risco de eternizar o feito, posto que, decorrido tanto tempo, restam dispendiosas e infrutíferas novas tentativas de aprofundar a análise para delimitar o que seria atribuível à Geoserv dos reflexos financeiros advindos da falha original de projeto. Ademais, considerando isso e todo o exposto anteriormente, eventual tentativa de aprofundar as apurações ainda que resultasse ampliação do débito para a respondente suscitaria também novos gastos para o erário, de forma a prejudicar ambos os polos da TCE. Mantêm-se, então, para a empresa respondente, os débitos constantes de sua citação, excluindo-se a corresponsabilidade dos agentes públicos, à exceção do Sr. Giuseppe Vecchi, devendo-se julgar as respectivas contas irregulares com a imputação do débito correspondente.

Citação da sociedade empresária Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda., contratada para execução dos serviços objeto do Convênio 83/1995

Termos da citação

151. A empresa foi citada (item 60 retro) nos seguintes termos: apresentar alegações de defesa e/ou recolher, solidariamente com os responsáveis abaixo nominados, aos cofres do Tesouro Nacional as quantias também abaixo indicadas, atualizadas monetariamente a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, abatendo-se na oportunidade a quantia eventualmente ressarcida, na forma da legislação em vigor, em decorrência das irregularidades abaixo sumariadas relacionadas ao Projeto de Irrigação Flores de Goiás (PIFG), incorrendo em infração às IN STN 2/1993 e 1/1997 e aos termos dos convênios respectivos:

D ébito (R\$)	Da ta	Créd ito (R\$) / Data	Responsáveis solidários	Irregularidade originadora do débito
59 .152,50	12 /7/1996	6.90 8,22 23/12/1998	Ovídio Antônio de Ângelis, Wellington Carlos da Silva, Antônio Alberto Basílio.	Falta do RIMA e de elemento integrante do EIA, Conv. 83/1995

Alegações de defesa apresentadas (peça 107)

152. A empresa alega que o EIA teria sido desenvolvido em tempo hábil e em conformidade com o convênio 83/1997, que todos elementos do estudo teriam sido contraditados em audiência pública “conforme observado nos autos principais” e estariam bastante definidos no bojo do EIA. Anexa cópia do EIA e de certidão de registro da ART no órgão competente (peça 107, p. 13-289).

153. Alega que o RIMA teria sido entregue normalmente, sem desrespeito às IN STN 2/1993 e 1/1997 e ao convênio 83/1995; anexa cópia do RIMA, das ART dos profissionais envolvidos e de comprovante do registro no órgão competente (peça 107, p. 290-525; 526-535).

154. Acresce que teria havido mera ausência de acostamento do RIMA junto ao MI, que o EIA/RIMA não preveriam estudo hidrológico, possível originador dos problemas na barragem, que não objetivariam aprovar projetos e obras e que se restringiriam a apresentar cenário no âmbito físico, ambiental, social e econômico.

Análise

155. O item obrigatório faltante no EIA foi o “resumo das alternativas técnicas e locais estudadas para o sistema”, conforme constante dos autos e referenciado na instrução de peça 7, item 21 (vide processo apenso 000.879/2014-2, peça 10, p. 64, peça 11, p. 102-104).

156. Referentemente ao EIA, o certificado de registro apresentado é muito genérico, sem identificação de contrato, data e com vários campos em branco, ao final consignando “registrada em 23/1/2002” (peça 107, p. 288-289).

157. As ART referentes ao RIMA (peça 107, p. 526-535) dizem respeito a cinco profissionais, abarcam também o EIA e apresentam data de assinaturas retroativa a 12/9/1997, porém o pagamento e registro/carimbo do CREA é de 23/1/2002, como confirmam os certificados de registro emitidos “registrada em 23/1/2002”.

158. Há um protocolo possivelmente no TCE/GO de EIA/RIMA (peça 107, p. 536), não se podendo afirmar com certeza sobre a fase e o objeto da autorização. É de se questionar por que tanta

lacuna de tempo entre a data expressa nos documentos EIA/RIMA (maio/1997) e o registro no CREA (23/1/2002), conforme peça 107, p. 14-16 e 292-293.

159. Desse modo, as alegações servem para comprovar a entrega do RIMA em desconformidade com o previsto no convênio, o que poderia sujeitar a empresa responsável a alguma outra sanção, mas não à condenação em débito por este fato. Ainda que se cogitasse a aplicação de multa à referida empresa, essa punição não seria mais possível tendo em vista a prescrição prevista no art. 205 do Código Civil, pacificada no âmbito do TCU por meio do Acórdão 1441/2016-Plenário.

160. Resta, então, examinar o débito imputável à empresa relativo à falta de elemento no EIA. O débito corresponderia a 5% do total repassado menos R\$ 450,00 originalmente restituído, conforme anotações pertinentes (itens 21, 25 e 26 retro), ou seja, R\$ 5.377,50, em 12/7/1996, quantia que deve ser descontada de R\$ 628,02, em 23/12/1998, conforme proporcionalidade aplicável ao valor de crédito constante da citação (5% do valor restituído a título de rendimentos – vide item 151 e nota *2 do quadro no item 26 retro). Assim, a compensação de tais valores de débito e de crédito resultaria em 15,5 mil reais atualizados até fevereiro/2016, quantia pequena e até módica quando comparada com os valores envolvidos no empreendimento e as principais irregularidades analisadas, que deve ser relevada nesta fase final de TCE.

161. Do exposto, considerando que a empresa demonstrou a elaboração do EIA e do RIMA, ainda que com atraso, e que nenhum desses documentos foi considerado taxativamente como causa dos problemas na barragem, resta o acatamento parcial de suas justificativas, afastando o débito encontrado, pela sua modicidade, julgando-se as suas contas regulares com ressalva.

Audiência de Alexandre Navarro Garcia, secretário executivo do MI de 12/1/2011 a 9/10/2013

Termos da audiência

162. O responsável foi ouvido (item 60 retro) nos seguintes termos: apresente suas razões de justificativa acerca do não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, ao disposto no item 1.4.1 do Acórdão 5.451/2009-TCU-2ª Câmara, nos termos do art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992.

Razões de Justificativa apresentadas (peça 43)

163. O responsável inicialmente informa, no que importa à audiência, competências específicas de duas unidades subordinadas a secretaria executiva do MI quanto à TCE, destacando que cabia às respectivas áreas finalísticas do MI a manifestação técnica quanto à execução do objeto e às justificativas do conveniente notificado.

164. Informa, na sequência, sobre a complexidade, a variedade de situações e a falta de consenso acerca da execução ou não dos convênios, suscitando diversas decisões do TCU e diligências da CGU e do MPF, sem que o MI tenha se furtado às informações requeridas; e sobre a compreensão, após entendimentos com a Secex/GO, da necessidade de se instaurar apenas uma TCE para possibilitar visão ampla e global dos custos e responsabilidades.

165. Acresce que as muitas análises das justificativas e recursos apresentados pelos vários responsáveis e as variadas diligências, juntamente com a diferenciada forma de análise (consolidada) trouxeram dificuldades de prazo e análise, a exemplo da dificuldade técnica de quantificar prejuízo e imputar responsabilidade no âmbito dos convênios 14/1998 e 281/2004, que resultou em aprovação do primeiro e glosa dos gastos emergenciais do segundo.

166. Alega que a Secretaria Executiva do MI (SE) precisou aguardar a finalização da análise técnica de todos os convênios, ocorrendo a manifestação técnica final sobre cinco convênios no 2º semestre de 2012, sendo o último em 27/8/2012; que, ademais, as vigências dos convênios 48/2001 e 30/2007 somente expiraram em 6/7/2012 e 17/11/2011, respectivamente; e que, após receber todas análises finais, a SE concluiu em aproximadamente seis meses (vide anexo 1) a TCE consolidada e enviou o processo à CGU.

167. Finaliza argumentando sobre a reconhecida dificuldade histórica do MI quanto a seu quadro de pessoal, o que inviabilizaria o exame tempestivo nos prazos normatizados, e sobre a piora dessa situação na SE, que entre 2011 e 2015 viu seu quadro ser reduzido de 180 para 150 (anexo 2). Apresentou também a tramitação do processo consolidado (anexo 3).



Análise

168. As informações iniciais relativas a complexidade e diversidade de situações e procedimentos são genéricas e se aproximam das alegações oferecidas pelo antecessor, que foram refutadas mediante relatório e voto condutores do Acórdão 3.401/2013-Plenário.

169. Alguma propriedade encontra-se nas alegações acerca dos prazos utilizados para análise final após recebimento das análises da área técnica, quando referenciam ao anexo 1. Contudo, uma análise mais integrada ao próprio normativo mencionado pelo defendente, o regimento interno do Ministério, aponta para fragilidade também dessas alegações.

170. Com efeito, a SE exerce papel primordial na TCE, instaurando, analisando, acompanhando e controlando os prazos, dentre outras atribuições. Diversas são as instâncias, dentro da SE, constituídas para desempenhar esse papel: a exemplo da Divisão de TCE, a quem compete inclusive acompanhar e manter as informações sobre as decisões do TCU referentes a TCE; a Divisão de Acompanhamento de Diligências, a quem compete inclusive acompanhar e controlar os prazos de diligências do TCU; a Coordenação de Avaliação de Prestação de Contas, a quem compete coordenar as atividades e análise de prestação de contas de convênios e de orientação ao público interno e externo - vide artigos 28 a 35 do Regimento Interno do MI, aprovado e alterado respectivamente pelas Portarias MI 117/2012 e 270/2014, citadas pelo responsável. Todas as unidades ilustradas e outras dão suporte para o desempenho pleno da incumbência capital da SE de instaurar e processar a TCE, o que inclui a observância dos prazos de análise e tramitação da TCE no MI, mormente quando decorrentes ou relacionados a prazos e ações determinados pelo órgão de controle externo, como é o caso.

171. Relativamente ao anexo 2 (peça 43, p. 10), apresentado pelo responsável para subsidiar sua alegação de piora do reduzido quadro entre 2001 e 2005, vê-se que a redução de pessoal foi bem maior em outras secretarias (1/3 na SDR, 3/10 na SIH, 1/4 no Gabinete) do que a ocorrida na Secretaria Executiva (1/6) e que o período reportado ultrapassa a gestão do responsável.

172. Assim, restam insuficientes as alegações do responsável para afastar a sua responsabilidade. Ora, se o secretário executivo antecessor fora multado por descumprimento de determinações do Tribunal no interregno de um ano (item 11 retro; e item 13 do relatório do Acórdão 3.401/2013-Plenário, à peça 1), muito mais o deverá ser o responsável, que esteve a frente da pasta por quase três anos, sem que tenha apresentado argumentos contundentes que justificassem o desatendimento.

CONCLUSÃO

173. Diante do exame proferido no tópico acima, resta configurada a responsabilização de parte dos responsáveis citados e ouvidos. A tabela abaixo explicita as diferentes gestões na Seplan/GO que atuaram nos quatro convênios em que remanesceram débito para efeito das citações realizadas (dos oito convênios sob exame nesta TCE) e apresenta as responsabilizações finais propostas:

Convênio (nº no Siafi) / Objeto / Vigência	Gestões abarcadas	Responsabilizações / débito
82/1995 (137299) Elaboração de estudos complementares – adequação do projeto básico do PIFG 4/1/1996 a 30/6/1998	Ovídio Antônio – até 7/5/1998 Wellington Carlos – 7/5 a 4/6/1998 Ângelo Rosa – 4/6 a 30/6/1998 Antônio Alberto (*)	-
83/1995 (137288) Elaboração de estudos do PIFG – estudo de impacto ambiental (EIA) e relatório (RIMA) 4/1/1996 a 31/12/1997	Ovídio Antônio – até 31/12/1997 Antônio Alberto (*)	-
20/1997 (325479)	Ovídio Antônio – até 7/5/1998	Giuseppe Vecchi (item 115 retro)

Convênio (nº no Siafi) / Objeto / Vigência	Gestões abrangidas	Responsabilizações / débito
Elaboração de estudos e projetos da barragem do rio Paranã do PIFG 26/9/1997 a 30/6/2001	Wellington Carlos – 7/5 a 4/6/1998 Ângelo Rosa – 4/6/1998 a 1/1/1999 Giuseppe Vecchi – 1/1/99 a 30/6/2001 Antônio Alberto (*)	Empresa Geoserv (item 150 retro)
48/2001 (427061) Implantação de parte do canal principal e da barragem Porteira — 2ª etapa do PIFG 10/10/2001 a 31/12/2011	Giuseppe Vecchi – 10/10/2001 a 1/1/2003 e a partir de 1/1/2011 Oton Nascimento – 18/3/2008 a 1/1/2011	-

(*) Antônio Alberto Basílio, foi diretor técnico que acompanhou os convênios 82 e 83/1995 e pelo menos parte do convênio 20/1997, conforme atestam os autos, tendo o responsável se furtado a especificar o término de seu período de gestão no DPP/Seplan-GO.

174. Acresça-se às informações do quadro acima, a responsabilização de Alexandre Navarro Garcia, ex-secretário executivo do MI, ouvido pelo não atendimento à decisão do Tribunal, tratada nos itens 162-172 acima.

175. O exame conclusivo das respectivas alegações de defesa e razões de justificativa encontra-se nos itens 70, 73, 80, 96, 115, 130, 150, 161 e 172 retro. Para os que não tiveram sua defesa acatada, verifica-se a inexistência da boa-fé ou de outros fatores excludentes de culpabilidade, devendo-se julgar desde logo suas contas irregulares com as implicações pertinentes, a teor do que dispõe o art. 262, § 6º, do RI/TCU.

176. Em suma, o débito permanece para a empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda., em vista da persistência de falhas nos estudos e projetos hidrológicos no âmbito do convênio 20/1997, suscitando o subdimensionamento do vertedouro causador dos danos em comento; e para o ex-secretário de planejamento de Goiás Giuseppe Vecchi, por não ter agido adequadamente para sanear essas falhas quando alertado sobre elas. Referido débito é calculado na base de 20% do valor recebido pela empresa (distintamente dos 100% propostos originalmente pelo MI), percentual a ser imputado a ela (R\$ 224.481,44), sendo parte em solidariedade com o mencionado responsável, proporcionalmente aos valores executado em sua gestão (R\$ 95.436,08).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

177. Do exposto, sugere-se o envio dos autos à relatoria do Exmo. Sr. Ministro Augusto Nardes, passando-se antes pelo Ministério Público junto a esta Corte, com a proposta abaixo especificada:

(a) considerar cumpridas as determinações que constam dos itens 9.5 (c/c a determinação 9.1.3 do Acórdão 970/2009-Plenário) e 9.6 do Acórdão 3.401/2013-TCU-Plenário, prolatado no TC 008.869/2009-8, apenso aos presentes autos;

(b) acatar as alegações de defesa dos srs. Ângelo Rosa Ribeiro (CPF 101.033.171-04) e Oton Nascimento Júnior (CPF 081.350.101-68);

(c) acatar parcialmente as alegações de defesa dos srs. Antônio Alberto Basílio (CPF 474.514.67872) e Ovídio Antônio de Angelis (CPF 052.931.541-68) e da empresa Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda. (CNPJ 26.746.289/0001-86);

(d) rejeitar as alegações de defesa do sr. Giuseppe Vecchi (CPF 186.921.411-00) e da sociedade empresária Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (CNPJ 02.904.092/0001-60), bem assim as razões de justificativa do sr. Alexandre Navarro Garcia (CPF 385.346.061-53);

(e) excluir do polo passivo processual o Sr. Wellington Carlos da Silva (CPF 004.621.521-20);

(f) julgar regulares as contas dos senhores Ângelo Rosa Ribeiro (CPF 101.033.171-04) e Oton Nascimento Júnior (CPF 081.350.101-68), dando-lhes quitação plena, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso I, e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 1, inciso I, 207 e 214, inciso I, do Regimento Interno/TCU;

(g) julgar regulares com ressalva as contas dos senhores Antônio Alberto Basílio (CPF 474.514.678-72) e Ovídio Antônio de Angelis (CPF 052.931.541-68) e as contas da sociedade empresária Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda. (CNPJ 26.746.289/0001-86), com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 1, inciso I, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno/TCU;

(h) julgar irregulares as contas do sr. Giuseppe Vecchi (CPF 186.921.411-00) e da empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (CNPJ 02.904.092/0001-60), com fundamento nos artigos 1º, inciso I, e 16, inciso III, alínea “c”, e § 2º, da Lei 8.443/1992 c/c os artigos 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com artigos 1º, inciso I, 209, inciso III e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, condenando-os ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das importâncias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se na oportunidade os valores eventualmente já ressarcidos:

Giuseppe Vecchi, em solidariedade com Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.:

Débito o (R\$)	Data	Con vênio
95.43 6,08	30/ 6/2001	20/ 1997

Débito Exclusivo da Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.:

Débito o (R\$)	Data	Con vênio
29.77 9,60	7/5/ 1998	20/ 1997
19.85 3,15	4/6/ 1998	
9.926, 58	1/1/ 1999	
69.48 6,03	1/1/ 1999	

(i) aplicar ao senhor Alexandre Navarro Garcia (CPF [385.346.061-53](#)) a multa prevista no art. 58, inc. IV, da Lei 8.443/1992, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

(j) autorizar o desconto das dívidas nas remunerações dos servidores, nos termos do art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992, observado o disposto no art. 46 da Lei 8.112/1990;

(k) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas a notificações;

(l) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República em Goiás, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas de sua alçada. ”

2. A Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Cristina Machado da Costa e Silva, discordou do encaminhamento da unidade técnica com relação à responsabilização do Sr. Giuseppe Vecchi e da empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda., conforme parecer à peça 112, cujos trechos transcrevo a seguir:

7. A nosso sentir, não resta evidenciado nos autos débito imputável ao Senhor Giuseppe Vecchi e à empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. Compulsando os autos, observa-se que o aludido erro no estudo hidrológico decorreu do uso de dados limitados a 10, 20 e 30 anos – quando deveria ter utilizado



o período decamilenar – para a quantificação das descargas e dos volumes das maiores cheias, importando com isso a subestimação dos picos de cheia e o subdimensionamento do vertedouro.

8. Destaca-se que, conforme se noticia nos autos, a equivocada utilização de período hidrológico pouco abrangente teve origem na licitação que precedeu o contrato para execução do Convênio n.º 20/1997, firmado em 20/11/1997. O subitem denominado "Estudos Hidroclimatológicos" do termo de referência da aludida licitação – constituído das condições básicas para elaboração da proposta e provisão do serviço –, estabeleceu a conformação mínima do estudo de hidrologia (subitem 2.3.1.2), **in verbis**:

“Caracterização do regime hidrológico dos rios que atenderão o projeto, abrangendo:

a) Avaliação das descargas máximas, mínimas e quantificação de volumes das maiores cheias para tempos de recorrência de 10, 20 e 30 anos, com competente estudo de hidrologia de níveis.”

9. Nota-se, portanto, que o erro nos estudos hidrológicos decorreu de parâmetros estabelecidos no termo de referência que, certamente, antecedeu a gestão do Senhor Giuseppe Vecchi, haja vista que o contrato dele decorrente foi firmado em 20/11/1997 e a gestão do responsável iniciou-se em 1.º/1/1999. Resta, portanto, evidente que o aludido Secretário de Planejamento não deu, originalmente, causa ao dano apontado pela unidade instrutiva.

10. Neste contexto, em que resta evidente que o aludido erro nos estudos hidrológicos decorreu de parâmetros estabelecidos pela própria Administração, não há também se falar em qualquer débito atribuível à empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda., que somente cumpriu os critérios estabelecidos pelo Estado de Goiás.

11. Em relação ao Senhor Giuseppe Vecchi, não merece prosperar a tese de que a responsabilização decorreria do fato de ele ter sido alertado a respeito das falhas no estudo hidrológico e, conseqüentemente, do projeto executivo e não ter adotado as providências corretivas.

12. Noticia-se nos autos que o responsável fora alertado das potenciais irregularidades no final do ano de 1999 (peça 110, pp. 33-35), tendo iniciado tratativas junto à empresa projetista Geoserv e ao Ministério da Integração Nacional para correção dos apontamentos, ficando acordado, à época, o refazimento dos estudos hidrológicos e a revisão do projeto do vertedouro. Tais estudos foram refeitos pela empresa subcontratada S&B Consultores em fevereiro/2000 (peça 110, pp. 13-15). Portanto, não há, nesse contexto, se falar em omissão do gestor.

13. A despeito das iniciativas para a correção das impropriedades verificadas no projeto, remanesceram falhas após a revisão de projeto promovida pela empresa subcontratada S&B Consultores, que, nesta feita, estão sendo imputadas ao responsável, sem, todavia, restar evidenciado que este tenha tomado conhecimento desses equívocos, o que, no entendimento desta representante do Parquet especializado, revela fragilidade na atribuição de culpa ao gestor do convênio.

14. Ademais, os depoimentos constantes do relatório do PAD (peça 3, p. 13-14, do apenso TC 008.869/2009-8) – que provam que o gestor foi alertado, em dezembro de 1999, sobre a necessidade de refazimento dos estudos hidrológicos - evidenciam, também, que ou a obra do vertedouro já estava acabada ou em vias de finalização, **in verbis**:

“[...] André Koff Santanna, fls. 381/382, que disse que "como especialista em barragens, acompanhou os também Consultores Eldan Veloso e Marcos Ramos, numa visita de inspeção às obras de construção da Barragem Paranã, isto em outubro de 1999, quando teceu comentários sobre a segurança do vertedouro. Que pode afirmar que à época assinou, juntamente com os outros consultores, relatório de inspeção pertinente, não se recordando se nesse documento ficaram registradas as observações acima consignadas. Que em janeiro de 2000 o Depoente foi chamado a uma nova inspeção na obra, em função de terem ocorridos problemas de extravasamento pela tomada d'água localizada à ombreira esquerda da barragem e danos no vertedouro tipo descarregador de fundo provocados por uma onda de cheia maior que a prevista, acreditando que foi exatamente nesta ocasião que o depoente recomendou a revisão dos estudos hidrológicos e verificação das condições do vertedouro para passagem de uma onda de cheias maior do que a já admitida”.

15. Nessas condições, fica evidente que o então Secretário de Planejamento nada poderia ter feito para que as obras fossem realizadas segundo um projeto consonante o correto regime hidrológico. Nesse contexto, o ex-Secretário poderia tão somente buscar uma complementação da obra para readequá-la ao regime de águas, conforme feito por seus sucessores. Dito de outra forma, se não havia como o ex-Secretário adotar medida diversa daquela que veio a ser efetivada por seus sucessores, qual seja a projeção e construção de um vertedouro complementar, não se lhe pode imputar qualquer responsabilidade quanto aos estudos, projetos ou construção original da obra, devendo o Tribunal afastar o débito correspondente.

16. Por fim, conquanto esta representante do Ministério Público entenda que não há débito a ser imputado ao Senhor Giuseppe Vecchi e à empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda., permite-se tecer uma breve consideração acerca do débito proposto pela Unidade Técnica em valor equivalente a 20% do Convênio n.º 20/1997. A rigor, não houve uma quantificação do débito, tão pouco uma estimativa segura de seu valor, por exemplo, com a pesquisa dos valores dos serviços similares de estudos de hidrologia praticados no mercado ou outro método objetivo que permitisse aferir o suposto valor do dano adequadamente. Dessa forma, entende-se que o valor do débito proposto pela Unidade Técnica não atende ao disposto no inciso II do § 1.º do art. 210 do Regimento Interno.

17. Ante o exposto, esta representante do Ministério Público diverge parcialmente da proposta de encaminhamento encaminhada pela Unidade Técnica, manifestando-se pelo julgamento pela regularidade das contas do Senhor Giuseppe Vecchi e da empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.. Alternativamente, caso o eminente Relator entenda pela subsistência do débito, propõe-se encaminhar os autos à Secex-GO para que estime o débito, por meios confiáveis, de forma a assegurar que tal valor não exceda o valor real devido, nos termos do inciso II do § 1.º do art. 210 do Regimento Interno.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de tomada de contas especial decorrente da conversão do TC 008.869/2009-8, determinada pelo Acórdão 3.401/2013-TCU-Plenário, o qual tratou de monitoramento do cumprimento de determinações contidas nos Acórdãos 670/2009 e 3.043/2009, ambos do Plenário, e 5.451/2009-2ª Câmara, prolatados no âmbito de fiscalizações realizadas nas obras de implantação do Projeto de Irrigação de Flores de Goiás (PIFG).

2. Nessas fiscalizações, a União utilizou-se de nove instrumentos para o repasse de recursos para o PIFG, conforme tabela a seguir:

Instrumento (nº no Siafi)	Objeto	Vigência	Recursos liberados (R\$)
82/1995 (137299)	Elaboração de estudos complementares – adequação do projeto básico do PIFG	4/1/1996 a 30/6/1998	432.000,00
83/1995 (137288)	Elaboração de estudos do PIFG – estudo de impacto ambiental (EIA) e relatório (RIMA)	4/1/1996 a 31/12/1997	108.000,00
20/1997 (325479)	Elaboração de estudos e projetos da barragem do rio Paranã do PIFG	26/9/1997 a 30/6/2001	1.122.407,18
14/1998 (349544)	Implantação da barragem Paranã e parte do canal principal — 1ª Etapa do PIFG	19/6/1998 a 31/12/2002	26.314.963,58
48/2001 (427061)	Implantação de parte do canal principal e da barragem Porteira — 2ª etapa do PIFG	10/10/2001 a 31/12/2011	42.307.964,42
281/2004 (517496)	Recuperação dos vertedouros principal e de emergência da barragem Paranã, do PIFG	28/12/2004 a 28/2/2005	3.000.000,00
69/2007 (611152)	Obras emergenciais do vertedouro complementar da barragem Paranã	7/1/2008 a 31/12/2008	500.000,00
30/2007 (622404)	Construção de vertedouro complementar na barragem Paranã	7/1/2008 a 17/9/2011	26.555.462,73
TC	Estudo de viabilidade da 3ª etapa do PIFG	7/1/20	1.850.000



Instrumento (nº no Siafi)	Objeto	Vigência	Recursos liberados (R\$)
15/2008 (652775)		09 a 17/6/2015	,00

3. Registra-se, inicialmente, que as obras em comento foram objeto de diversas fiscalizações por parte deste Tribunal, que já expediu sobre estas as seguintes deliberações: Decisão 617/2002–Plenário; Acórdãos 627/2003, 862/2003, 11/2004, 908/2004, 1.631/2004, 1.189/2005, 1.709/2005, 222/2007, 2.384/2007, 1.386/2008, 670/2009 e 3.043/2009, todos do Plenário, e Acórdão 5.451/2009 – 2ª Câmara.

4. Além disso, o Ministério da Integração Nacional (MI) instaurou tomada de contas especial para apurar os danos decorrentes da destruição do vertedouro de emergência da Barragem Paranã, procedimento este que foi objeto de determinações deste Tribunal por intermédio dos Acórdãos 670/2009-Plenário e 5.451/2009-2ª Câmara.

5. Em adição, por intermédio do Acórdão 3.043/2009-Plenário, esta Corte de Contas encaminhou determinações à Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás (Seplan/GO) referentes ao contrato firmado por aquela secretaria com a empresa Sobrado Construção Ltda., objetivando a contratação da obra de construção do vertedouro complementar na Barragem do Rio Paranã.

6. No âmbito do monitoramento das determinações constantes das deliberações acima, o Pleno deste Tribunal, por intermédio do Acórdão 3.401/2013-Plenário, além de ter determinado à Controladoria-Geral da União (CGU) e ao Ministério da Integração Nacional que encaminhassem toda a documentação e processos referentes aos convênios ora em análise para esta Corte de Contas, converteu aqueles autos na presente tomada de contas especial.

7. No bojo desta TCE, a Secretaria de Controle Externo em Goiás (Secex/GO), fez uma análise detalhada dos documentos encaminhados pelos órgãos acima mencionados, em especial, da TCE instaurada pelo MI (peça 7) e concluiu que esse ministério e a CGU cumpriram as determinações a eles direcionadas no Acórdão 3.401/2013-Plenário.

8. Adicionalmente, em concordância com a análise de mérito realizada pelo Ministério da Integração Nacional, a Secex/GO efetivou as citações dos diversos responsáveis elencados nestes autos em razão das seguintes irregularidades, **in verbis**:

57. Assim, compilam-se as seguintes irregularidades principais na execução dos convênios financiadores do PIFG sob exame:

	falha no estudo hidrológico, causa básica original do subdimensionamento do vertedouro em projeto e na obra, sendo tal estudo calculado em 15% do objeto pactuado no Conv. 82/1995 – R\$ 63.092,37 em 31/12/1996 (débito), descontado de R\$ 2.264,98 em 13/5/1999 (crédito)
	ausência do RIMA e do item “resumo das alternativas técnicas e locais estudados para o sistema” no EIA, sendo tais lacunas calculadas em 55% do objeto pactuado no Conv. 83/1995 – R\$ 59.152,50 em 12/7/1996 (débito) e R\$ 6.908,22 em 23/12/1998 (crédito)
	projeto subdimensionado da vazão do vertedouro principal, calculado em 20% do total repassado pelo Conv. 20/1997 – R\$ 224.481,43 em 21/7/1999
	falta de execução da rede trifásica, transformador, calhas e meio fios no Convênio 48/2001 – R\$ 213.718,75 em 25/5/2009
	não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, ao disposto no item 1.4.1 do Acórdão 5.451/2009-TCU-2ª Câmara, nos termos do art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992

58. As irregularidades A a E retrocitadas ensejam as seguintes medidas preliminares de citação ou audiência a serem efetuadas por esta Secex/GO

Medida preliminar	Irregulari	Itens desta

	data objeto da medida	instrução
Citação de Ovídio Antônio de Ângelis	A, B, C	37-39, 40-41, 42-44
Citação de Wellington Carlos da Silva	A, B, C	37-39, 40-41, 42-44
Citação de Antônio Alberto Basílio	A, B, C	37-39, 40-41
Citação de Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.	A, C	37-39, 42-44
Citação de Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda.	B	40-41
Citação de Ângelo Rosa Ribeiro	C	42-44
Citação de Giuseppe Vecchi	C	42-44
Citação de Oton Nascimento Júnior	D	45-47
Audiência de Alexandre Navarro Garcia	E	52-54

9. Citados e ouvido em audiência de forma regular e válida, todos os responsáveis apresentaram suas defesas, as quais foram devidamente analisadas pela Secretaria de Controle Externo em Goiás que, em pareceres uniformes (peças 110 e 111), propõe, em síntese:

(i) rejeitar as alegações de defesa do ex-Secretário de Planejamento do Estado de Goiás (gestão: 1/1/1999 a 1/1/2003), Sr. Giuseppe Vecchi e da sociedade empresária Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda., julgando suas contas pela irregularidade, condenando-os solidariamente ao pagamento dos débitos e à aplicação das multas previstas no arts. 57 e 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;

(ii) rejeitar as razões de justificativa do ex-Secretário-Executivo do Ministério da Integração Nacional (gestão 12/1/2011 a 9/10/2013), Sr. Alexandre Navarro Garcia, aplicando-lhe a multa prevista no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992;

(iii) julgar as contas dos demais responsáveis pela regularidade ou regularidade com ressalvas.

10. A Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Cristina Machado da Costa e Silva, concordou com a proposta de mérito da unidade técnica, exceto, quanto à responsabilização do Sr. Giuseppe Vecchi e da sociedade empresária Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda (peça 112).

11. Segundo o MP/TCU, **in verbis**:

7. A nosso sentir, não resta evidenciado nos autos débito imputável ao Senhor Giuseppe Vecchi e à empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. Compulsando os autos, observa-se que o aludido erro no estudo hidrológico decorreu do uso de dados limitados a 10, 20 e 30 anos – quando deveria ter utilizado o período decamilar – para a quantificação das descargas e dos volumes das maiores cheias, importando com isso a subestimação dos picos de cheia e o subdimensionamento do vertedouro.

(...)

17. Ante o exposto, esta representante do Ministério Público diverge parcialmente da proposta de encaminhamento encaminhada pela Unidade Técnica, manifestando-se pelo julgamento pela regularidade das contas do Senhor Giuseppe Vecchi e da empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.. Alternativamente, caso o eminente Relator entenda pela subsistência do débito, propõe-se encaminhar os autos à Secex-GO para que estime o débito, por meios confiáveis, de forma a assegurar que tal valor não exceda o valor real devido, nos termos do inciso II do § 1.º do art. 210 do Regimento Interno. (Grifo nosso)

12. Feito breve resumo do processo, passo a decidir.

13. No mérito, acolho o encaminhamento proposto pela Secex/GO, agregando as sugestões do douto **Parquet**, cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir, com as considerações a seguir.

14. No que se refere aos entendimentos convergentes da unidade técnica e do **Parquet** Especializado, não há o que acrescentar de minha parte, visto que a Secex/GO analisou



detalhadamente cada uma das defesas apresentadas por todos os responsáveis nos subitens 61 a 172 da peça 110.

15. No que concerne à divergência relacionada à responsabilização do Sr. Giuseppe Vecchi e da sociedade empresária Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda., com as devidas vênias à unidade técnica, posiciono-me em conformidade com o entendimento do MP/TCU.

16. Conforme consta expressamente do parecer da Douta Procuradora-Geral (peça 112):

3. (...) Compulsando os autos, observa-se que subdimensionamento do vertedouro – que supostamente foi destruído por enchentes ocorridas no ano de 2004 – teria ocorrido em razão de erro nos estudos hidrológicos. Destaca-se, desde já, que, segundo o PAD instaurado pelo conveniente (peça 3, p. 13-14, do apenso TC 008.869/2009-8), não houve destruição do vertedouro, mas, apenas, a necessidade de um vertedouro complementar em virtude da insuficiência do primeiro.

(...)

9. Nota-se, portanto, que o erro nos estudos hidrológicos decorreu de parâmetros estabelecidos no termo de referência que, certamente, antecedeu a gestão do Senhor Giuseppe Vecchi, haja vista que o contrato dele decorrente foi firmado em 20/11/1997 e a gestão do responsável iniciou-se em 1.º/1/1999. Resta, portanto, evidente que o aludido Secretário de Planejamento não deu, originalmente, causa ao dano apontado pela unidade instrutiva.

10. Neste contexto, em que resta evidente que o aludido erro nos estudos hidrológicos decorreu de parâmetros estabelecidos pela própria Administração, não há também se falar em qualquer débito atribuível à empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda., que somente cumpriu os critérios estabelecidos pelo Estado de Goiás.

(...)

14. Ademais, os depoimentos constantes do relatório do PAD (peça 3, p. 13-14, do apenso TC 008.869/2009-8) – que provam que o gestor foi alertado, em dezembro de 1999, sobre a necessidade de refazimento dos estudos hidrológicos – evidenciam, também, que ou a obra do vertedouro já estava acabada ou em vias de finalização (...).

15. Nessas condições, fica evidente que o então Secretário de Planejamento nada poderia ter feito para que as obras fossem realizadas segundo um projeto consonante o correto regime hidrológico. Nesse contexto, o ex-Secretário poderia tão somente buscar uma complementação da obra para readequá-la ao regime de águas, conforme feito por seus sucessores. Dito de outra forma, se não havia como o ex-Secretário adotar medida diversa daquela que veio a ser efetivada por seus sucessores, qual seja a projeção e construção de um vertedouro complementar, não se lhe pode imputar qualquer responsabilidade quanto aos estudos, projetos ou construção original da obra, devendo o Tribunal afastar o débito correspondente.

17. Ante as razões expostas, neste caso concreto, não havia outra conduta que pudesse ser realizada pelo ex-Secretário de Planejamento de Goiás (gestão: 1/1/1999 a 1/1/2003), Sr. Giuseppe Vecchi, de maneira a estar caracterizada a inexigibilidade de conduta diversa, que é um dos excludentes de culpabilidade.

18. Dessa forma, não é cabível a apenação de débito ou a aplicação de multa a esse ex-gestor e à empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda.

19. No que se refere à proposta de multa ao ex-Secretário-Executivo do Ministério da Integração Nacional, Sr. Alexandre Navarro Garcia (gestão 12/1/2011 a 9/10/2013), é possível verificar que as determinações desta Corte àquele órgão ministerial para a priorização e a rápida conclusão das tomadas de contas especiais lá instauradas haviam sido prolatadas nas sessões de 8/4/2009 (Acórdão 670/2009 – Plenário) e de 21/10/2009 (Acórdão 5.451/2009 – 2ª Câmara), portanto, na gestão de seu antecessor.

20. No âmbito do Acórdão 3.401/2013-Plenário, que determinou a criação desta TCE, o Tribunal, além de ter ouvido em audiência o Sr. Alexandre, aplicou multa ao seu antecessor no cargo de Secretário-Executivo do Ministério da Integração Nacional, Sr. Marcelo Pereira Borges, no montante de R\$ 4.000,00, sob o seguinte fundamento:

5. De acordo com informações obtidas na Secretaria Federal de Controle Interno da CGU, em junho de 2011, não foram adotadas as providências visando à análise conclusiva dos convênios



82/1995, 20/1997, 14/1998 e 281/2004, impossibilitando a quantificação do débito e apuração dos responsáveis.

6. Assim, passados mais de 2 anos sem ter sido dado cumprimento às determinações desta Corte de Contas, anuo às análises e às conclusões da Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás – Secex/GO reproduzidas no Relatório que precede a este voto, com alguns ajustes de forma, motivo por que as incorporo às minhas razões de decidir.

21. Desta feita, discordo da proposição da Unidade Técnica quando fundamenta a aplicação de multa ao Sr. Alexandre Navarro na circunstância que aponta, de conduta similar ao do ex-gestor já apenado com multa, uma vez que a própria instrução técnica indica condições diversas nas atuações dos gestores, veja-se:

2. A presente TCE abrange, assim, os recursos federais utilizados no PIFG mediante oito convênios que já estavam sendo objeto de TCE no âmbito do concedente MI, mas sem seguir os prazos fixados pelo Tribunal. Tal foi o descumprimento que o Tribunal avocou a tomada de contas, convertendo o monitoramento nesta TCE, com determinação para o concedente e o controle interno enviarem suas apurações na fase que se encontravam e autorização de audiência sobre o atraso (determinações 9.5 a 9.8 do Acórdão 3.043/2013-Plenário transcritas no item 11 adiante). **Todas as peças referenciadas nesta instrução (exclusive nos itens 12 a 14 e 54 adiante) são pertinentes ao processo apenso 000.879/2014-2, que corresponde à TCE instaurada pelo MI e encaminhada a este Tribunal logo após ter ciência do Acórdão 3.401/2013-Plenário.**

(...)

30. Conforme se depreende das determinações transcritas nos itens 10 e 11 retro, as determinações 9.5 e 9.6 do Acórdão 3.401/2013-Plenário mencionam cinco convênios (82/1995, 20/1997, 14/1998, 281/2004 e 69/2007), enquanto a determinação 9.1.3 do Acórdão 970/2009-Plenário faz alusão a todos os convênios (que são oito: 82 e 83/1995, 20/1997, 14/1998, 48/2001, 281/2004, 30 e 69/2007). Por outro lado, a TCE instaurada pelo MI impugnou a prestação de contas de apenas cinco convênios (itens 17, 18 ou 25), o que poderia levar à conclusão de ter havido cumprimento falho e parcial das determinações pertinentes do TCU.

31. **A leitura atenta dos autos, no entanto, revela completude formal de análise, ou seja, a consideração na TCE instaurada pelo MI de todos os instrumentos firmados com o governo goiano para financiar o PIFG.** Manifestações técnicas no âmbito do concedente levaram à exclusão final dos Convênios 30 e 69/2007 da TCE, pelas respectivas razões transcritas a seguir (parecer financeiro de 18/4/2013 à peça 5, p. 339 e 343) ”

22. Nessas condições, tendo em vista que há indicativos nos autos de que as providências foram adotadas durante parte da gestão do Sr. Navarro (12/1/2011 a 9/10/2013) e ponderando as justificativas apresentadas pelo gestor, especialmente as relativas à complexidade, a variedade de situações e a falta de consenso acerca da execução ou não dos mencionados convênios, bem como tendo em vista o resultado ao final apresentado, acolho parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo gestor.

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

ACÓRDÃO Nº 2298/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 001.445/2014-6.

1.1. Apenso: TC-008.869/2009-8 e TC-000.879/2014-2

2. Grupo II – Classe IV – Assunto: Tomada de Contas Especial.

3. Interessado/Responsáveis:

3.1. Interessado: Ministério da Integração Nacional (MI).



3.2. Responsáveis: Alexandre Navarro Garcia (CPF 385.346.061-53), Ângelo Rosa Ribeiro (CPF 101.033.171-04), Antônio Alberto Basílio (CPF 474.514.678-72), Giuseppe Vecchi (CPF 186.921.411-00), Oton Nascimento Júnior (CPF 081.350.101-68), Ovídio Antônio de Angelis (CPF 052.931.541-68) e Wellington Carlos da Silva (CPF 004.621.521-20); Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (CNPJ 02.904.092/0001-60) e Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda. (CNPJ 26.746.289/0001-86).

4. Unidade Jurisdicionada: Estado de Goiás, Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás (Seplan/GO).

5. Relator: Ministro Augusto Nardes.

6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.

7. Unidade: Secretaria de Controle Externo em Goiás (Secex/GO).

8. Representação legal:

8.1. Marizete Carlos Inacio de Oliveira, CPF 956.004.181-91, representando Ovídio Antônio de Angelis (peça 30);

8.2. Ana Cristina da Costa, CPF 776.914.581-34 (peça 32) e David Levistone da Silva Souza, OAB/GO 11.750, (peça 51), representando Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (peça 32);

8.3. Luciana Daher Vieira, OAB/GO 16.528, e Murilo Nunes Magalhães, OAB/GO 22.558, representando Giuseppe Vecchi (peça 41);

8.4. Sebastião Alves Pereira Neto, OAB/DF 16.467 (peça 56), com substalecimento para Débora Silva de Brito, OAB/DF 22.301, e outros (peça 57), representando Wellington Carlos da Silva;

8.5. Leonardo Lacerda Jube, OAB/GO 26.903, representando Oton Nascimento Júnior (peça 60);

8.6. Carlos Antônio de Macedo Silva, OAB/GO 5.685, e Tiago de Paiva Faleiro, OAB/GO 38.003, representando Ângelo Rosa Ribeiro (peças 71 e 72, p. 10);

8.7. Mário Márcio Ferreira da Silva, OAB/GO 9.882, e outros, representando Antônio Alberto Basílio (peças 98 e 101).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial decorrente da conversão do TC 008.869/2009-8, determinada pelo Acórdão 3.401/2013-TCU-Plenário, o qual tratou de monitoramento do cumprimento de determinações contidas nos Acórdãos 670/2009 e 3.043/2009, ambos do Plenário, e 5.451/2009-2ª Câmara, prolatados no âmbito de fiscalizações realizadas nas obras de implantação do Projeto de Irrigação de Flores de Goiás (PIFG),

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

9.1. considerar cumpridas as determinações que constam dos itens 9.5 (c/c a determinação 9.1.3 do Acórdão 970/2009-Plenário) e 9.6 do Acórdão 3.401/2013-TCU-Plenário, prolatado no TC 008.869/2009-8, apenso aos presentes autos;

9.2. acatar as alegações de defesa de. Ângelo Rosa Ribeiro (CPF 101.033.171-04), Oton Nascimento Júnior (CPF 081.350.101-68), Giuseppe Vecchi (CPF 186.921.411-00) e da empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (CNPJ 02.904.092/0001-60);

9.3. acatar parcialmente as alegações de defesa de. Antônio Alberto Basílio (CPF 474.514.67872), Ovídio Antônio de Angelis (CPF 052.931.541-68) e da empresa Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda. (CNPJ 26.746.289/0001-86);

9.4. acolher parcialmente as razões de justificativa de Alexandre Navarro Garcia (CPF 385.346.061-53);

9.5. excluir do polo passivo processual o Sr. Wellington Carlos da Silva (CPF 004.621.521-20);

9.6. julgar regulares as contas dos senhores Ângelo Rosa Ribeiro (CPF 101.033.171-04), Oton Nascimento Júnior (CPF 081.350.101-68), Giuseppe Vecchi (CPF 186.921.411-00) e da empresa Geoserv Serviços de Geotecnia e Construção Ltda. (CNPJ 02.904.092/0001-60), dando-lhes quitação



plena, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso I, e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 1, inciso I, 207 e 214, inciso I, do Regimento Interno/TCU;

9.7. julgar regulares com ressalva as contas dos senhores Antônio Alberto Basílio (CPF 474.514.678-72), Ovídio Antônio de Angelis (CPF 052.931.541-68) e as contas da sociedade empresária Manning Engenharia, Projetos e Obras Ltda. (CNPJ 26.746.289/0001-86), com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 1, inciso I, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno/TCU;

9.8. dar ciência desta deliberação aos responsáveis e ao Ministério da Integração Nacional.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2298-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymmler, Augusto Nardes (Relator), Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.

13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 015.423/2013-1 [Apenso: TC 023.666/2015-3]

Natureza: Monitoramento

Órgão/Entidade: Ministério do Trabalho e Emprego (extinto)

Responsáveis: Carlo Roberto Simi (330.130.557-15); Ezequiel Sousa do Nascimento (339.653.821-87); Marcelo Aguiar dos Santos Sá (301.571.291-87); Rodolfo Peres Torelly (152.584.671-04)

Representação legal: Francisco Ferreira Morbeck (46994/OAB-DF) e outros, representando Ezequiel Sousa do Nascimento e Marcelo Aguiar dos Santos Sá.

SUMÁRIO: MONITORAMENTO. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DO TCU. MULTA. PEDIDOS DE REEXAME. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. REDUÇÃO DAS MULTAS APLICADAS. PROVIMENTO PARCIAL.

RELATÓRIO

Transcrevo, a seguir, o Parecer subscrito pelo Auditor Federal de Controle Externo Alexandre César Bastos de Carvalho (peça 217), o qual contou com a anuência do corpo diretivo da Secretaria de Recursos (peças 218 e 218):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedidos de reexame (peças 176 e 194) interpostos pelos Srs. Ezequiel Sousa Nascimento, Secretário da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego – SPPE no período de 8/2/2008 a 11/4/2010, e Carlo Roberto Simi, Secretário da SPPE no período de 12/4/2010 a 3/6/2012, contra o Acórdão 2.838/2015–TCU–Plenário (peça 152).

2. A deliberação recorrida, que teve como relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Weder de Oliveira, apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de monitoramento do cumprimento, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, da determinação constante do item 9.3 do acórdão 1687/2009–TCU–Plenário.



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

9.1. considerar revéis, para todos os efeitos, os Srs. Ezequiel Sousa do Nascimento e Marcelo Aguiar dos Santos Sá, com fundamento no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.2. rejeitar as razões de justificativa do Sr. Carlo Roberto Simi (CPF 330.130.557-15);

9.3. acatar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Rodolfo Peres Torelly (CPF: 152.584.671-04);

9.4. aplicar ao Sr. Carlo Roberto Simi (CPF 330.130.557-15) a multa prevista no art. 58, IV, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), pelo descumprimento da deliberação constante do item 9.3.5 do acórdão 1687/2009-TCU-Plenário, e fixar o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, III, 'a', do RI/TCU, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. aplicar ao Sr. Marcelo Aguiar dos Santos Sá (CPF 301.571.291-87) a multa prevista no art. 58, IV, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), pelo descumprimento da deliberação constante do item 9.3.5 do acórdão 1687/2009-TCU-Plenário, e fixar o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, III, 'a', do RI/TCU, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. aplicar ao Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento (CPF 152.584.671-04) a multa prevista no art. 58, IV, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), pelo descumprimento da deliberação constante do item 9.3.5 do acórdão 1687/2009-TCU-Plenário, e fixar o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, III, 'a', do RI/TCU, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.7. dar ciência da presente deliberação ao Ministério do Trabalho e Emprego por intermédio da Secretaria Executiva;

9.8. determinar a juntada de cópia da presente deliberação ao TC 025.171/2013-5, referente às contas ordinárias do exercício de 2012 da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego (SPPE/MTE), para análise em conjunto e em confronto (grifos acrescidos).

HISTÓRICO

3. Os recorrentes foram multados em virtude do descumprimento do subitem 9.3.5 do Acórdão 1.687/2009-TCU-Plenário, que assim dispôs:

9.3.5. somente formalize convênios na medida em que disponha de condições técnico-operacionais de avaliar adequadamente os planos de trabalho, acompanhar a concretização dos objetivos previstos nas avenças, bem como de analisar, em prazo oportuno, todas as respectivas prestações de contas, de acordo com os normativos que disciplinam a matéria.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

4. Reiteram-se os exames de admissibilidade contidos nas peças 212 e 213, em que se propôs o conhecimento dos presentes pedidos de reexame, com fulcro no artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.4 e 9.6 do Acórdão 2.838/2015-Plenário, em relação aos recorrentes. Observa-se que o Excelentíssimo Senhor Ministro Raimundo Carreiro, mediante despacho de peça 216, concordou com a análise desta unidade técnica.

EXAME DE MÉRITO

Delimitação

5. Constitui objeto do presente recurso definir se:

a) o Sr. Carlo Roberto Simi já foi penalizado, em outro processo, pelo descumprimento de determinação semelhante àquela constante do subitem 9.3.5 do Acórdão 1.687/2009-TCU-Plenário;

b) a importância do Programa ProJovem justifica o elevado número de convênios na gestão do Sr. Carlo Roberto Simi;

c) o Sr. Carlo Roberto Simi adotou medidas administrativas efetivas para o cumprimento do subitem 9.3.5. do Acórdão 1.687/2009-TCU-Plenário;

d) a greve dos servidores do MTE justifica o descumprimento da determinação do TCU;

e) a substituição de servidores terceirizados por concursados justifica o descumprimento da determinação do TCU;

f) os precedentes jurisprudenciais relacionados pelo Sr. Carlo Roberto Simi têm influência no caso em testilha;

g) a multa aplicada ao Sr. Carlo Roberto Simi foi desproporcional;



- h) a existência de erro material no acórdão recorrido justifica a sua anulação;
- i) o fato de ter ocorrido uma redução do número de convênios firmados em 2010 justifica a minoração da multa aplicada ao Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento;
- j) a multa aplicada ao Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento foi desproporcional.

6. Da dupla punição pelo mesmo fato

6.1. O Sr. Carlo Roberto Simi aduz que já foi penalizado, mediante o Acórdão 1.455/2015–TCU–Plenário, pelo descumprimento de determinação semelhante a do subitem 9.3.5 do Acórdão 1.687/2009–TCU–Plenário. Assim, seria descabida a dupla punição pelo mesmo fato.

Análise:

6.2. Para contextualizar o que motivou a penalização do recorrente no âmbito do Acórdão 1.455/2015–TCU–Plenário, traz-se à colação as seguintes ponderações do Excelentíssimo Senhor Ministro Weder de Oliveira, relator da aludida deliberação:

O último aspecto tratado neste monitoramento diz respeito ao elevado estoque de prestações de contas sem análise ou inconclusas, referentes a recursos transferidos pelo MTE a título de convênios, ajustes ou instrumentos congêneres.

O primeiro plano de ação apresentado, por força do item 9.2.2 do acórdão 2812/2010 – TCU – Plenário, propunha a redução à metade, em quatro anos, do estoque existente em 2010 de prestações de contas em atraso (543). Foi recusado por esta Casa em razão da sua baixa eficácia (item 9.1.2 do acórdão 2773/2011–TCU–Plenário).

Por meio da nota técnica 188/2012 – CGCC/SPPE/MTE, foi apresentada uma nova proposta para análise das prestações de contas de acordos de cooperação técnica e financeira firmados, que totalizavam 1217 instrumentos em 31/12/2011:

“6. O estoque de prestações de contas não analisadas objeto do Plano de Ação está contido nesse universo de instrumentos, não podendo se dizer que o quantitativo do estoque é de igual número, vez que nem todos os instrumentos estão encerrados ou mesmo em fase ou com pendência de prestação de contas. Por isso, já de início, devemos desconsiderar desse estoque os instrumentos celebrados no ano de 2011, cujas exigências de prestação de contas se dará em exercícios posteriores. Então, descontando-se em relação ao Anexo I desta Nota os novos instrumentos celebrados em 2011, o grupo de controle do Plano de Ação ora proposto é o que consta do Anexo II desta Nota.

7. Nesse sentido, para cumprimento da determinação do TCU, tendo como referencial do controle da redução do estoque de prestações de contas não analisadas a carga da SPPE/MTE, propomos que, com base nos saldos SIAFI/SICONV/PROJOVEM TRABALHADOR de 31/dez/2011 das contas de controle e registro dos instrumentos de cooperação técnica e financeira celebrados, relacionados no Anexo II desta Nota, **seja cumprida até 31/dez/2012 a redução, mormente a total, dos valores financeiros dos saldos relativos às prestações de contas não analisadas.**

8. Quanto à questão dos trabalhos de análise para emissão dos pareceres técnico e financeiro sobre a prestação de contas analisada, caberá aos servidores da CGCC e à força tarefa que lhe for agregada, a exemplo da equipe de trabalho de que trata a Portaria MTE nº 2.226, de 3 de novembro de 2011, e de outros servidores da SPPE alocados aos trabalhos, realizar as análises técnicas e financeiras das prestações de contas dos instrumentos da SPPE, devendo o Coordenador-Geral da CGCC aprovar o Parecer Financeiro e submeter o Parecer Técnico à aprovação do Diretor do Departamento da SPPE correlato ao objeto do instrumento prestado contas. Com esses Pareceres aprovados, a CGCC submete a aprovação da Prestação de Contas ao Secretário de Políticas Públicas de Emprego/Ordenador de Despesas.” (grifei)

Estabelecido o universo a ser analisado e as etapas do trabalho (análise preliminar e de finalização), a SPPE/MTE estabeleceu critérios específicos e comprometeu-se com a conclusão das análises até 31/12/2012, dando-se conhecimento a este Tribunal do andamento dos trabalhos por meio de relatórios periódicos:

“15. Para monitoramento e acompanhamento da evolução do cumprimento da redução do estoque de prestação de contas não analisadas, serão emitidos cinco relatórios, com posição dos saldos das contas de registro e controle dos instrumentos relacionados no Anexo I desta Nota. Os relatórios serão apresentados sempre se comparando a posição referencial de 31/dez/2011 com a posição no mês de 2012 objeto do relatório, propondo-se a seguinte programação:

- Primeiro Relatório: com posição dos saldos em 31/mar/2012, devendo ser encaminhado ao TCU até 15/abr/2012;
- Segundo Relatório: com posição dos saldos em 31/mai/2012, devendo ser encaminhado ao TCU até 15/jun/2012;
- Terceiro Relatório: com posição dos saldos em 31/ago/2012, devendo ser encaminhado ao TCU até 15/set/2012;
- Quarto Relatório: com posição dos saldos em 31/out/2012, devendo ser encaminhado ao TCU até 15/Nov/2012;
- Quinto Relatório: com posição dos saldos em 31/dez/2012, devendo ser encaminhado ao TCU até 15/jan/2013.

16. As peças demonstrativas principais desses relatórios será a **RELAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS**, cada relatório conterá cinco relações conforme modelos constantes do Anexo III desta Nota, evidenciando-se as informações pelas UG 380908 — SPPE/FAT e 380008 — SPPE/MTE e situações SIAFI, SICONV e Projovem Trabalhador, são elas:

- **RELAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DA UG 380908- SPPE/FAT - SIAFI - 31DEZ2011;**
- **RELAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DA UG 380908 - SPPE/FAT - SICONV - 31DEZ2011;**



- RELAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DA UG 380008- SPPE/MTE - SIAFI - 31DEZ2011;
- RELAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DA UG 380008 - SPPE/MTE - SICONV - 31DEZ2011; e
- RELAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DA UG 380008 - SPPE/MTE - PROJO VEM TRABALHADOR - 31DEZ211.

Em cada relação dessas conterà a posição do saldo em 31/dez/2011 como referencial e a posição do saldo em 2012, conforme o relatório apresentado de que trata o item 15 desta Nota, pelas contas A Liberar, A Comprovar, A Aprovar, Aprovado, Inadimplência Efetiva e Inadimplência Suspensa.

Os critérios de priorização de processos para a realização dos trabalhos de análise serão:

- 1º critério: instrumento com maior saldo na conta A Aprovar;
- 2º critério: instrumento com maior quantidade de dias passados desde a data de término da vigência; e
- 3º critério: instrumento cuja prestação de contas já tenha sido objeto de emissão de um dos pareceres (técnico ou financeiro).

Sobrepondo a todos os critérios citados no item anterior, terá prioridade o instrumento que tenha sido objeto de apontamento específico pelo órgão de controle externo ou interno, aqui nesta ordem, para conclusão dos trabalhos de análise de prestação de contas.”

O que se verifica, contudo, é que nada do que foi formalizado por meio da nota técnica 188/2012 – CGCC/SPPE/MTE, comunicada a este Tribunal por meio do ofício 499/2012 – CGCC/SPPE/MTE, DE 31/1/2012, foi cumprido.

O Sr. Carlo Simi, secretário da SPPE quando da prolação de todos os acórdãos aqui mencionados e responsável pela metodologia de análise proposta, deixou o cargo em 3/6/2012, sem ter apresentado o primeiro relatório parcial, previsto para entrega até 15/4/2012.

As razões de justificativa apresentadas centram-se, principalmente, nas dificuldades com o gerenciamento e a disponibilização de mão de obra. Sobre a metodologia de análise apresentada, em atendimento ao acórdão 2773/2011 – TCU – Plenário, acatada por este Tribunal, não justifica o descumprimento dos compromissos firmados, mas somente informa:

“22. Como resultado efetivo do trabalho de análise de prestação de contas, ressalte-se que previamente a análise dos processos que integram esse estoque, fez-se necessária uma verificação prévia (fase preliminar) de como estaria cada um dos processos (conformidade documental), a situação de análise anterior, já que o estoque continha processos de convênio muito antigos, salvo engano, desde 1994. Resultado desse trabalho pode ser constatado pela expedição de 692 ofícios solicitando esclarecimentos, justificativas e cobrando valores de despesas não aprovadas. Vencidos os prazos fixados nos mencionados ofícios e não atendidas as solicitações de esclarecimentos, justificativas e recolhimento dos valores glosados, eram procedidas as inscrições dos inadimplentes no SIAFI, SICONV e CADIN. Seguem, no Anexo 8, exemplos desses procedimentos, os quais demonstram que mesmo antes do envio do segundo plano de ação, tais providências já estavam sendo cumpridas. (Anexo 8).”

A informação prestada, referente à expedição de ofícios para saneamento das prestações de contas, não demonstram a efetividade do trabalho para redução dos estoques. Nada foi informado sobre o quantitativo de processos analisados ou concluídos quando do término de sua gestão. Deve-se, portanto, rejeitar as alegações de defesa do Sr. Carlo Simi.

6.3. Assim, observa-se que, no acórdão ora recorrido, o Sr. Carlo Simi celebrou ajustes acima de sua capacidade técnico-operacional e, por isso, foi multado. Por outro lado, no Acórdão 1.455/2015–TCU–Plenário, foi multado por não ter apresentado o primeiro relatório parcial, previsto para entrega até 15/4/2012, bem como por não demonstrar a efetividade do seu trabalho para a redução de estoques.

6.4. Por conseguinte, com a devida vênia, entende-se que não há dupla penalização, considerando-se que as razões das penalidades aplicadas ao recorrente são diferentes.

7. Da importância do Programa ProJovem

7.1. O Sr. Carlo Roberto Simi aduz que o Programa Projovem é um programa de alcance social adequado à realidade do Brasil. Assim, firmar novos termos de adesão ao Projovem foi uma decisão de manter essa modalidade de qualificação, que, à época, era o único programa de qualificação profissional capaz de atender aos jovens dos diversos entes federativos e seus resultados demonstravam a sua efetividade social.

Análise:

7.2. Cumpre observar que este Tribunal não determinou ao MTE que extinguisse determinado programa, mas, isto sim, a celebração de ajustes em desacordo com a real capacidade técnico-operacional do Ministério.

7.3. Apesar de o recorrente defender a efetividade do Projovem na qualificação e inserção dos jovens no mercado de trabalho, o exame dos processos pela equipe de fiscalização apontou diversas inconformidades nas fases de celebração, acompanhamento e prestação de contas nos ajustes firmados no âmbito desse programa. Vale dizer: o recorrente celebrou ajustes em quantitativo superior à sua capacidade técnico-operacional, o que elevou sobremaneira o risco de os recursos federais transferidos não terem atingido sua finalidade social.



7.4. Nessa ordem de ideias, os argumentos apresentados pelo recorrente não merecem ser acolhidos.

8. Das medidas administrativas adotadas pelo Sr. Carlo Roberto Simi

8.1. O Sr. Carlos Roberto Simi aduz que a SPPE adotou diversas medidas administrativas para maximizar a capacidade de acompanhamento e fiscalização por parte de seus servidores.

Análise:

8.2. No que tange às medidas administrativas tomadas para atender ao disposto no item 9.3.5 do acórdão 1.687/2009-TCU-Plenário, o responsável relaciona uma série de ações empreendidas, defende que essas ações melhoraram a gestão dos convênios. No entanto, reconhece que os problemas estruturais não tinham sido solucionados, sendo que a solução definitiva dependeria de contratação de pessoal.

8.3. Apesar disso, mesmo tendo ciência de que as medidas administrativas não dotaram a SPPE de condições técnico-operacionais de avaliar adequadamente os planos de trabalho, acompanhar a concretização dos objetivos previstos e analisar tempestivamente as prestações de contas, o recorrente firmou número expressivo de ajustes no âmbito do Projovem Trabalhador Juventude Cidadã, em descumprimento à determinação constante do item 9.3.5 do acórdão 1687/2009-TCU-Plenário, sem arguir perante este Tribunal, previamente, quaisquer argumentos que o impedissem de dar o devido cumprimento à determinação.

8.4. Posta assim a questão, não merecem ser acolhidos os argumentos apresentados pelo recorrente.

9. Da greve

O Sr. Carlo Roberto Simi aduz que foi deflagrada uma greve de servidores do MTE exatamente no período em que o recorrente assumiu o cargo na SPPE (abril a setembro de 2010) e que isso é uma atenuante para o descumprimento da determinação do TCU.

Análise:

9.1. O Sr. Carlo Roberto Simi assumiu a secretaria da SPPE no período de 12/4/2010 a 3/6/2012 e a greve relatada pelo recorrente ocorreu de abril a setembro de 2010. Assim, existiria uma razão adicional para evitar a numerosa formalização de convênios, haja vista a ausência de condições técnico-operacionais de avaliar adequadamente os planos de trabalho, acompanhar a concretização dos objetivos previstos nas avenças, bem como de analisar, em prazo oportuno, todas as respectivas prestações de contas, de acordo com os normativos que disciplinam a matéria.

9.2. É dizer: a greve deflagrada de abril a setembro de 2010, diferentemente do alegado pelo recorrente, não justifica o descumprimento do subitem 9.3.5 do Acórdão 1.687/2009-TCU-Plenário.

10. Dos terceirizados

10.1. O Sr. Carlo Roberto Simi aduz que, a partir de 2009, 2.178 terceirizados experientes foram substituídos por servidores concursados, num curto espaço de tempo (4 meses), fazendo com que não ocorresse uma transferência gradual de conhecimento, daqueles que estavam há praticamente mais de 20 anos de Ministério para servidores que estavam entrando sem nenhum conhecimento do serviço e que isso é uma atenuante para o descumprimento da determinação do TCU.

Análise:

10.2. A substituição de terceirizados por concursados reduziu o contingente técnico-operacional capacitado para avaliar adequadamente os planos de trabalho, acompanhar a concretização dos objetivos previstos nas avenças, bem como de analisar, em prazo oportuno, todas as respectivas prestações de contas, de acordo com os normativos que disciplinam a matéria.

10.3. Ocorre que a alegada substituição ocorreu antes de o Sr. Carlo Roberto Simi assumir a SPPE. Assim, existiria uma razão adicional para evitar a numerosa formalização de convênios.

10.4. É dizer: a substituição dos terceirizados por concursados, diferentemente do alegado pelo recorrente, não justifica o descumprimento do subitem 9.3.5 do Acórdão 1.687/2009-TCU-Plenário.

11. Dos precedentes do TCU

11.1. O Sr. Carlo Roberto Simi aduz que, em diversos acórdãos do TCU (AC-7791-44/14-2, AC-1543-32/05-2 e AC-2627-17/10-2), este Tribunal decidiu de forma diversa ao acórdão ora recorrido.

Análise:

11.2. Quanto aos acórdãos do TCU citados pelo recorrente, vem à balha a doutrina de Manoel Antônio Teixeira Filho:

O que se deve levar em conta, conforme entendemos, para o fim de definir se a sentença está convenientemente fundamentada, é o fato de as razões e os argumentos manejados pelo juiz serem juridicamente sustentáveis, ainda que, como dissemos, estejam, eventualmente, em dissonância com a orientação em voga na doutrina e jurisprudência. Afinal, a História do pensamento humano está repleta de opiniões heterodoxas que, tempos depois, se tornaram prevalecentes, seja

pela excelência dos argumentos em que se basearam, seja por motivos de ordem política e o mais (*in A sentença no processo do trabalho*, 4. Ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 315).

11.3. Acrescente-se a doutrina de Mauro Schiavi:

Hodiernamente se exige uma postura mais ativa do Juiz para garantir os resultados práticos do processo. A efetividade do processo depende não só de um Juiz imparcial e independente, mas, também, de um magistrado mais ousado, comprometido com a justiça e com os resultados úteis do processo (*in Manual de Direito Processual do Trabalho*, 4ª. Ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 698).

11.4. Corroborando essas ideias, registra-se o conselho de Benedito Calheiros Bonfim:

A dócil submissão à jurisprudência estiola o espírito criador do advogado e do juiz. São os descontentes e os inconformados os propulsores do progresso, raciocínio válido também no campo da ciência do Direito (*in Conselhos aos jovens advogados*, 3ª Ed., Niterói, RJ: Impetus, 2012, p. 187).

11.5. É nesse mesmo sentido a lição de Lídia Reis de Almeida Prado:

Pondera Nalini que o juiz deve proferir a sentença com sentimento e não se reduzir a um mero burocrata repetidor de decisões alheias, com a finalidade de aderir à maioria (*in O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*, 6. Ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 44).

11.6. Destarte, observa-se que os juízes são independentes e somente se submetem à lei, e não à jurisprudência. Sobre o tema, traz-se à colação a doutrina de Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo:

(...) o juiz tem o dever de se rebelar, de reagir, de não ceder, de reafirmar a sua independência, pois é isto que a humanidade, que debruçou sobre o direito toda a regulação das relações de poder, espera dele. Um juiz que, por conveniência, se curva ao entendimento de outros juízes, proferindo decisões contrárias à sua convicção jurídica; que, por comodidade, aplica uma lei que fere a Constituição ou algum preceito dos direitos humanos ou direitos fundamentais; que, por receio de qualquer natureza ou medo, acaba cumprindo uma “ordem” ilegal; ou que, meramente, se abstém de “denunciar” as ameaças que sofra com relação à sua independência; que não exerce com liberdade e responsabilidade as suas atribuições, deixa de ser digno da função que exerce, perde, enfim, na essência, a designação de um autêntico magistrado e quem perde com isto é toda a sociedade (*in O Processo do Trabalho como instrumento do Direito do Trabalho e as ideias fora de lugar do Novo CPC*. São Paulo: LTr, 2015, p. 107-108)

11.7. De fato, a democracia se faz com respeito à diferença e com divergências. Assim, continua Fábio Konder Comparato:

A independência funcional da magistratura, assim entendida, é uma garantia institucional do regime **democrático**. O conceito institucional foi elaborado pela doutrina publicista alemã à época da República de Weimar, para designar as fontes de organização dos Poderes Públicos, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais, declarados na Constituição (grifos acrescidos) (*apud Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo, in O Processo do Trabalho como instrumento do Direito do Trabalho e as ideias fora de lugar do Novo CPC*. São Paulo: LTr, 2015, p. 114).

11.8. Observa-se que a submissão dos juízes somente à lei não é uma idiossincrasia do Direito brasileiro, mas encontra ressonância na Alemanha, na Áustria, na Dinamarca, na Espanha, na França, na Grécia, na Irlanda, na Itália e em Portugal, conforme pontuam Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo:

Na Alemanha, há disposição expressa no sentido de que “os juízes são independentes e somente se submetem à lei” (art. 97). Na Áustria, “Os juízes são independentes no exercício de suas funções judiciárias” (art. 87). Na Dinamarca, “No exercício de suas funções os magistrados devem se conformar à lei” (art. 64). Na Espanha, “A justiça emana do povo e ela é administrada em nome do rei por juízes e magistrados que constituem o poder judiciário e são independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos exclusivamente ao império da lei” (art. 117). Há também norma dispondo que “Toda pessoa tem o direito de obter a proteção efetiva dos juízes e tribunais para exercer seus direitos e seus interesses legítimos, sem que em nenhum caso esta proteção possa lhe ser recursada” (art. 24).

No mesmo pórtico, o ordenamento jurídico francês prevê: “O presidente da República é garante da independência da autoridade judiciária. Ele é assistido pelo Conselho superior da magistratura. Uma lei orgânica traz estatuto dos magistrados. Os magistrados de carreira são inamovíveis” (art. 64). Na Grécia, há disposição no sentido de que: “A justiça é composta por tribunais constituídos de magistrados de carreira que possuem independência funcional e pessoal” (art. 87-1) e de que “No exercício de suas funções, os magistrados são submetidos somente à Constituição e às leis; eles não são, em nenhum caso, obrigados a se submeter a disposições contrárias à Constituição”(art. 87-2). Na Irlanda, “Os juízes são independentes no exercício de suas funções judiciárias e submetidos somente à presente Constituição e à lei” (art. 35-2). Na Itália: “A justiça é exercida em nome do povo. Os juízes se submetem apenas à lei” (art. 101). Em Portugal, “os juízes são inamovíveis. Eles não poderão ser multados, suspensos, postos em disponibilidade ou exonerados de suas funções fora dos casos previstos pela lei” (art. 218-1). E mais: “os juízes não podem ser tidos por responsáveis de suas decisões, salvo exceções consignadas na lei” (art. 218-2) (*in O Processo do Trabalho como instrumento do Direito do Trabalho e as ideias fora de lugar do Novo CPC*. São Paulo: LTr, 2015, p.115).

11.9. Ante esses ponderosos argumentos, entende-se que os julgadores devem considerar as leis, e não alguns precedentes jurisprudenciais.

11.10. Nesse sentir, vem à balha o disposto no art. 58, IV, da Lei 8.443/1992:



Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

(...)

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

(...).

11.11. Da análise anterior, entende-se que o recorrente não logrou justificar o descumprimento ao subitem 9.3.5 do Acórdão 2.838/2015–TCU–Plenário, daí a aplicação da multa no valor de R\$ 24.000,00.

11.12. Em termos filosóficos, traz-se as seguintes ponderações de Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo, os quais, baseando-se nas lições de Kant, Hegel, Rawls e Habermas, assim pontuam:

O sujeito de direitos é o indivíduo que, estando sozinho no mundo (sem o apoio das forças míticas e dos dogmas medievais), é responsável por sua própria sorte. Por isso, autores comprometidos com tal racionalidade referem que o homem, exercendo sua liberdade, deve assumir deveres relacionados aos seus pares, que a moralidade do indivíduo consiste em que ele cumpra os deveres de sua posição social, que a responsabilidade perante os pares e as gerações futuras deve ser o limitador da liberdade individual ou que o direito de liberdade corresponde à responsabilidade, ao cumprimento de determinados deveres. Então, mesmo (ou principalmente) sob a perspectiva liberal, aos direitos correspondem deveres exigíveis pelo Estado e sujeitos a sanções por descumprimento (grifos acrescidos) (in O Processo do Trabalho como Instrumento do Direito do Trabalho e as Ideias Fora de Lugar do Novo CPC. São Paulo: LTr, 2015, p. 49)

11.13. Destarte, o recorrente, ao descumprir à determinação do TCU, sujeitou-se à multa aplicada pelos seus pares de controle externo da Administração Pública Federal.

11.14. Por conseguinte, os argumentos apresentados pelo recorrente não merecem ser acolhidos.

12. Da proporcionalidade da multa

12.1. O Sr. Carlo Roberto Simi aduz que a multa que lhe foi aplicada é desproporcional.

Análise:

12.2. Quanto ao valor da multa que lhe foi aplicada, é de mister trazer à colação o disposto no art. 268, IV do Regimento Interno do TCU (fundamento legal da dosimetria da multa aplicada ao recorrente):

Art. 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do *caput* do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação:

(...)

IV – descumprimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência determinada pelo relator, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o *caput*;

(...)

§ 1º A multa de que trata o *caput* será atualizada, periodicamente, mediante portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

(...)

12.3. Por via de consequência, vem à balha a Portaria – TCU – 4/2016:

PORTARIA-TCU Nº 4, DE 13 DE JANEIRO DE 2016.

(Revogada) (Portaria – TCU nº 46, de 11/1/2017, BTCU nº 1/2017, DOU de 13/1/2017)

Atualiza o valor máximo da multa a que se refere o art. 58 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e considerando o disposto no § 2º do art. 58 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, resolve:

Art. 1º É fixado em R\$ 54.820,84 (cinquenta e quatro mil oitocentos e vinte reais e oitenta e quatro centavos), para o exercício de 2016, o valor máximo da multa a que se refere o art. 58, **caput**, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

Art. 2º Fica revogada a Portaria-TCU nº 20, de 15 de janeiro de 2015.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

AROLDO CEDRAZ DE OLIVEIRA

12.4. Pois bem, atentando-se para o fato de que a multa aplicada, no valor de R\$24.000,00, encontra-se entre 5% e 50% de R\$ 54.820,84, entende-se que não foi desproporcional a penalidade imposta ao recorrente.

12.5. Nesse sentir, propõe-se a rejeição dos argumentos apresentados pelo recorrente.

13. Do erro material

13.1. O Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento aduz que a existência de erro material no acórdão recorrido impede o transcurso do prazo recursal a que tem direito, com base nos seguintes argumentos:

13.2. A SecexPrevidência identificou a existência de erro material no subitem 9.6 do acórdão recorrido e propôs ao relator *a quo* fosse procedida a sua retificação.

13.3. No entanto, a questão ainda não foi dirimida pelo relator *a quo* e o acórdão recorrido ainda padece de incorreção que maculou a sua notificação e impede o transcurso do prazo recursal a que tem direito o Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento.

Análise:



13.4. A SecexPrevidência identificou a existência de erro material no acórdão recorrido e propôs a seguinte providência (peça 163):

Diante do exposto, e com esteio na delegação de competência contida na Portaria SecexPrevidência 1/2013, encaminhamos os autos ao Gab. do Exmo. Sr. Ministro Relator Weder de Oliveira, via Ministério Público/TCU, propondo que, em conformidade com o Enunciado de Súmula 145 desta Corte, seja retificado o erro material constante do item 9.6 do Acórdão 2838/2015-Plenário, prolatado em 4/11/2015, de modo que, onde se lê “Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento (CPF 152.584.671-04)”, leia-se “Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento (CPF 339.653.821- 87)”.

13.5. Com a devida vênia, entende-se que o erro material no número do CPF do recorrente não prejudicou em nada a sua defesa, cabendo, isto sim, na proposta de encaminhamento da presente instrução, propor a sua retificação nos termos supracitados.

13.6. Demais disso, somente se anula uma decisão quando houver prejuízo para a parte. Desse modo, considerando que o recorrente tinha conhecimento dos fatos que contra ele recaíam e interpôs o devido recurso, não há razões para a decretação de nulidade, porquanto além de não lhe ter trazido prejuízo, não traria nenhuma utilidade para o processo.

13.7. Assim, propõe-se a rejeição de seus argumentos.

14. Do número de convênios firmados

14.1. O Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento entende que cumpriu a determinação inserta no subitem 9.3.5 do Acórdão 1.687/2009–TCU–Plenário, prolatado em 29/7/2009, com base nos seguintes argumentos:

14.2. É preciso ressaltar que, durante a gestão do recorrente, em estrito cumprimento do subitem monitorado, as parcerias firmadas no âmbito do Projovem foram drasticamente reduzidas. Conforme Quadro 2 de peça 28, no período de 2009 a 2010, o número e convênios do Projovem realizados foi reduzido em mais de 90%, saindo de 197 parcerias firmadas em 2009 para apenas 19 em 2010.

14.3. Os referidos dados demonstram o grande esforço realizado pelo recorrente em atender as determinações deste Tribunal, especialmente quanto ao ponto diversas vezes apontado como mais crítico e representativo: os ajustes relativos ao Projovem Trabalhador.

Análise:

14.4. Consta no Quadro 2 de peça 28, p. 5, o seguinte quadro:

Quadro 2: Parcerias firmadas no âmbito do Projovem

Tipo de Convênio	2009	2010	2011	2012	2013
PROJOVE	1	1	2	0	0
M TRABALHADOR	97	9	23	8	3

14.5. O subitem 9.3.5 do Acórdão 1.687/2009–TCU–Plenário foi prolatado em 29/7/2009. No seu monitoramento, foram utilizados critérios estatísticos para a definição da amostra. O universo analisado foi estabelecido a partir da identificação das transferências voluntárias celebradas pelo MTE entre agosto de 2009 e maio de 2013.

14.6. Foi proposta a audiência do recorrente, eis que deixou de adotar, no exercício de sua função, as decisões necessárias para adequar o volume de celebrações de transferências voluntárias relativas a ações de qualificação profissional sob responsabilidade da SPPE, notadamente no âmbito do Projovem Trabalhador Juventude Cidadã, à real capacidade da secretaria de avaliar adequadamente os planos de trabalho, acompanhar a realização dos objetivos previstos nas avenças, bem como analisar, em prazo oportuno, todas as correspondentes prestações de contas, descumprindo os normativos que disciplinam a matéria.

14.7. A gestão monitorada do recorrente abrangeu o período de agosto de 2009 a abril de 2010 (a sua gestão à frente da SPPE foi de 8/2/2008 a 11/4/2010).

14.8. O recorrente alega que houve uma drástica redução dos convênios firmados em 2010 no âmbito do Projovem Trabalhador Juventude Cidadã (foram celebrados 19). Ocorre que, em 2009, foi registrado um número elevado de convênios (197), sendo que o recorrente não provou que não foram celebrados durante a sua gestão.

14.9. Destarte, é perfeitamente aplicável ao caso o apotegma *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt* (nada alegar e alegar e não provar, em Direito, querem dizer a mesma coisa). É dizer: não foram carreados aos autos prova cabal e irrefutável de que o número elevado de convênios, celebrados em 2009, no âmbito do Programa Projovem, não teriam sido celebrados durante a sua gestão. Daí porque devem ser rejeitados os argumentos do recorrente.

15. Da proporcionalidade da multa aplicada ao SR. Ezequiel Sousa do Nascimento



15.1. O Sr. Ezequiel Sousa Nascimento argumenta que a multa que lhe foi aplicada é desproporcional, com base nos seguintes argumentos:

15.2. Como sabido, é premissa adotada por esta Corte que, em eventual responsabilização do gestor, devem ser consideradas suas falhas, dimensionando-se a gravidade de cada fato e individualizando a sua conduta. No caso em análise, a aplicação de multa ao recorrente mostra-se desarrazoada e incompatível com suas ações.

Análise:

15.3. Atentando-se para o fato de que a multa aplicada ao recorrente, no valor de R\$16.000,00, encontra-se entre 5% e 50% de R\$ 54.820,84 (valor constante da Portaria – TCU – 4/2016, vide subitem 12.3 desta instrução), entende-se que não foi desproporcional a penalidade imposta ao recorrente.

15.4. Nesse sentir, propõe-se a rejeição dos argumentos apresentados pelo recorrente.

CONCLUSÃO

16. Da análise anterior, conclui-se que:

a) não houve dupla penalização do Sr. Carlo Roberto Simi pelo descumprimento de determinação semelhante àquela constante do subitem 9.3.5 do Acórdão 1.687/2009–TCU–Plenário;

b) a importância do Programa ProJovem não justifica o elevado número de convênios na gestão do Sr. Carlo Roberto Simi;

c) o Sr. Carlo Roberto Simi não adotou medidas administrativas efetivas para o cumprimento do subitem 9.3.5. do Acórdão 1.687/2009–TCU–Plenário;

d) a greve dos servidores do MTE não justifica o descumprimento da determinação do TCU;

e) a substituição de servidores terceirizados por concursados não justifica o descumprimento da determinação do TCU;

f) os precedentes jurisprudenciais relacionados pelo Sr. Carlo Roberto Simi não têm influência no caso em testilha;

g) a multa aplicada ao Sr. Carlo Roberto Simi não foi desproporcional;

h) a existência de erro material no acórdão recorrido não justifica a sua anulação;

i) o fato de ter ocorrido uma redução do número de convênios firmados em 2010 não justifica a minoração da multa aplicada ao Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento;

j) a multa aplicada ao Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento não foi desproporcional.

16.1. Destarte, é de se opinar pela negativa de provimento destes pedidos de reexame.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

17. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no no artigo 48 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) em conformidade com o Enunciado de Súmula 145 desta Corte, retificar o erro material constante do item 9.6 do Acórdão 2838/2015–Plenário, prolatado em 4/11/2015, de modo que, onde se lê “Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento (CPF 152.584.671-04)”, leia-se “Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento (CPF 339.653.821- 87)”.

c) dar ciência do acórdão que for prolatado, bem como do relatório e voto que o fundamentarem, aos recorrentes e aos demais interessados.”

É o Relatório.

VOTO

Cuidam os autos de Pedidos de Reexame interpostos pelos Srs. Ezequiel Sousa Nascimento, Secretário da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego – SPPE no período de 8/2/2008 a 11/4/2010, e Carlo Roberto Simi, Secretário da SPPE no período de 12/4/2010 a 3/6/2012, contra o Acórdão 2.838/2015–TCU–Plenário, o qual, entre outras medidas, aplicou-lhes multa pelo descumprimento da deliberação constante do item 9.3.5 do acórdão 1687/2009–TCU.

2. Preliminarmente, entendo necessário ratificar o conhecimento do recurso nos termos do despacho à peça 216 do então Relator Ministro Raimundo Carreiro, vez que se encontram preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 286 do RI/TCU.



2. Quanto ao mérito, anuo, em essência, às conclusões da unidade especializada (peças 217-219), incorporando seus fundamentos às minhas próprias razões de decidir, sem prejuízo de tecer os comentários e propor as modificações no julgado a seguir.

–I–

3. Em suma, o Sr. Carlo Roberto Simi aduz que (i) já foi penalizado, em outro processo, pelo descumprimento de determinação semelhante àquela constante do subitem 9.3.5 do Acórdão 1.687/2009–TCU–Plenário; (ii) a importância do Programa ProJovem justifica o elevado número de convênios em sua gestão; (iii) adotou medidas administrativas efetivas para o cumprimento do subitem 9.3.5. do Acórdão 1.687/2009–TCU–Plenário; (iv) a greve dos servidores do MTE justifica o descumprimento da determinação do TCU; (v) a substituição de servidores terceirizados por concursados justifica o descumprimento da determinação do TCU; (vi) os precedentes jurisprudenciais relacionados têm influência no caso em testilha.

4. Em relação ao primeiro argumento, conforme bem registrado pela unidade técnica, o fundamento das multas aplicadas na decisão recorrida no Acórdão 1.455/2015–TCU–Plenário são diferentes. Enquanto neste processo, o recorrente foi penalizado pela celebração de ajustes acima de sua capacidade técnico-operacional, no Acórdão 1.455/2015–TCU–Plenário foi multado por não ter apresentado o primeiro relatório parcial, previsto para entrega até 15/4/2012, bem como por não demonstrar a efetividade do seu trabalho para a redução de estoques.

5. Assim, entendo que a aplicação de multas ao mesmo responsável em diferentes processos do TCU pela prática de fatos irregulares diferentes não ofende o princípio do **non bis in idem**.

6. Quanto ao ProJovem, percebo que nestes autos não está a discussão sobre a relevância do programa, mas sim, o descumprimento da medida excepcional determinada pelo Tribunal de que, previamente à continuidade da transferência dos recursos dos programas, fossem adotadas as medidas aptas à melhoria dos controles na transferência desses recursos, de forma a buscar que fossem bem empregados.

7. Nesse ponto, as medidas administrativas adotadas, conforme explicado pelo Relator **a quo** em seu Voto, foram insuficientes para o atendimento da determinação cujo cumprimento se analisa:

“16. Entretanto, mesmo tendo consciência de que as medidas administrativas não dotaram a SPPE de condições técnico-operacionais de avaliar adequadamente os planos de trabalho, acompanhar a concretização dos objetivos previstos e analisar tempestivamente as prestações de contas, o responsável firmou número expressivo de ajustes no âmbito do Projovem Trabalhador Juventude Cidadã, em flagrante descumprimento à determinação constante do item 9.3.5 do acórdão 1687/2009- TCU-Plenário, sem arguir perante este Tribunal, previamente, quaisquer argumentos que o impedissem de dar o devido cumprimento à determinação.”

8. Chama a atenção, também, que conforme apurado pela unidade técnica na instrução à peça 149, p.5, o número de parcerias no âmbito do Projovem Trabalhador em 2011 foi superior ao número firmado pela Secretaria em 2009, ano em que o descontrole administrativo na gestão de convênios deu origem à determinação descumprida:

“39. Segundo o próprio responsável informou, a SPPE firmou 208 parcerias no âmbito do Projovem Trabalhador em 2011. Esse quantitativo é expressivo, superando, inclusive, o total de 203 parcerias firmadas pela Secretaria em 2009, ano em que foi proferido o acórdão objeto deste monitoramento (peça 134, p. 3).”

9. Quanto aos argumentos relativos à ocorrência da greve e ao processo de substituição de servidores por terceirizados, entendo que eles reforçam que existiam razões adicionais para a constatação de que a Secretaria não se encontrava apta a implementar os controles mínimos legais para a boa regular transferência e análise da prestação dos recursos repassados.

10. Quanto à proporcionalidade da multa aplicada, percebo, com as devidas vênias, que é possível acolher, em parte, os argumentos trazidos, uma vez que ficou demonstrado que as medidas administrativas adotadas, embora insuficientes para garantir o fim pretendido com a determinação do Tribunal, estavam em consonância com a melhoria do conjunto do arcabouço de controles para a melhoria da gestão do órgão sobre os convênios.

11. Nesse contexto, nos termos do Art. 22, § 2º do Decreto-Lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LICC), surge a necessidade de considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, bem como as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente para responsabilização do agente.

12. Assim, no caso concreto, ainda que tenha descumprido de forma intencional a decisão desta Corte, percebe-se que o gestor não se manteve inerte diante desta decisão, pois, entre outras ações administrativas, buscou capacitar o seu quadro de servidores, incluiu a participação das Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego – SRTE nas ações de fiscalização, aumentou o número de atividades de fiscalização **in loco** e iniciou o processo de reestruturação da CGCC - Coordenação-Geral de Contratos e Convênios (peça 154, p.p 7-10, peça 176).

13. Desta forma, considerando que tais ações, ainda que não tenham endereçado totalmente a determinação desta Corte, podem ser reconhecidas como atenuantes à conduta do responsável, percebo que a multa no percentual máximo autorizado pelo Regimento Interno do TCU não está adequada ao caso concreto. Desta forma, pugno pela minoração da multa aplicada no item 9.4 do Acórdão 2.838/2015–TCU–Plenário para o valor de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais).

-II-

14. Por seu turno, o Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento alega, em síntese, que (i) a existência de erro material no acórdão recorrido justifica a sua anulação; (ii) o fato de ter ocorrido uma redução do número de convênios firmados em 2010 justifica a minoração da multa aplicada e (iii) a multa aplicada foi desproporcional.

15. Por oportuno, registro que esse recorrente, por não ter respondido aos ofícios de audiência do Tribunal, teve sua revelia reconhecida pelo Relator **a quo**, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992. Portanto, essa é a primeira vez que comparece aos autos para sua defesa.

16. Em relação ao erro material apontado, entendo que este foi insuficiente para macular o Acórdão recorrido e para causar qualquer embaraço à defesa, em especial porque no item 3.1 daquela decisão, identificação dos responsáveis, constava a associação correta entre nome e CPF, conforme reproduzido a seguir:

“3.1. Responsáveis: Carlo Roberto Simi (330.130.557-15); Ezequiel Sousa do Nascimento (339.653.821-87); Marcelo Aguiar dos Santos Sá (301.571.291-87); Rodolfo Peres Torelly (152.584.671-04)”

17. Por essa razão, nesta etapa processual, cabe apenas a correção do item 9.6 do acórdão, conforme proposto pela unidade especializada.

18. Quanto aos dois argumentos seguintes do recorrente, entendo ser possível acolhê-los parcialmente.

19. Conforme extração do Quadro 2 de peça 28, p. 5, o número de Parcerias firmadas no âmbito do Projovem, por exercício, foi o seguinte:

Tipo de Convênio	2009	2010	2011	2012	2013
PROJOVEM	1	1	2	0	03
TRABALHADOR	97	9	23	8	

20. Ao comparar o extrato acima com o período da gestão monitorada do recorrente, agosto de 2009 a abril de 2010 (a sua gestão à frente da SPPE foi de 8/2/2008 a 11/4/2010), percebe-se que houve um acentuado decréscimo no exercício 2010.

21. Ainda que não tenha trazido elementos aos autos que demonstrem que os convênios, no âmbito do Programa Projovem, em 2009, de número elevado, não teriam sido celebrados durante a sua gestão, conforme explorado pela unidade técnica, o fato é que, em 2010, período que coincide com o final de sua gestão, esse número foi reduzido.

22. Assim, percebo que é possível reconhecer essa redução como circunstância atenuante da conduta em exame, e desta forma, pugno pela redução da multa aplicada no item 9.6 do Acórdão 2.838/2015–TCU–Plenário para R\$ 3.000,00 (três mil reais).



Feitas essas considerações, com as vênias de divergir parcialmente da unidade especializada, VOTO por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2299/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 015.423/2013-1.
 - 1.1. Apenso: 023.666/2015-3
2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame (Monitoramento)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Responsáveis: Carlo Roberto Simi (330.130.557-15); Ezequiel Sousa do Nascimento (339.653.821-87); Marcelo Aguiar dos Santos Sá (301.571.291-87); Rodolfo Peres Torelly (152.584.671-04)
 - 3.2. Recorrentes: Ezequiel Sousa do Nascimento (339.653.821-87); Carlo Roberto Simi (330.130.557-15).
4. Órgão/Entidade: Ministério do Trabalho e Emprego (extinto).
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social (SecexPrevi).
8. Representação legal:
 - 8.1. Francisco Ferreira Morbeck (46994/OAB-DF) e outros, representando Ezequiel Sousa do Nascimento e Marcelo Aguiar dos Santos Sá.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que apreciam Pedidos de Reexame interpostos pelos Srs. Ezequiel Sousa Nascimento, Secretário da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego – SPPE no período de 8/2/2008 a 11/4/2010, e Carlo Roberto Simi, Secretário da SPPE no período de 12/4/2010 a 3/6/2012, contra o Acórdão 2.838/2015–TCU–Plenário, o qual, entre outras medidas, aplicou-lhes multa pelo descumprimento da deliberação constante do item 9.3.5 do acórdão 1687/2009-TCU;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, 33 e 48, da Lei nº 8.443/1992, em:

 - 9.1 conhecer dos Pedidos de Reexame para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;
 - 9.2. em conformidade com o Enunciado de Súmula 145 desta Corte, retificar o erro material constante do item 9.6 do Acórdão 2.838/2015-TCU-Plenário, prolatado em 4/11/2015, de modo que, onde se lê “Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento (CPF 152.584.671-04)”, leia-se “Sr. Ezequiel Sousa do Nascimento (CPF 339.653.821- 87)”;
 - 9.3. alterar o valor da multa aplicada no item 9.4 do Acórdão 2.838/2015-TCU-Plenário ao sr. Carlo Roberto Simi para R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais);
 - 9.4. alterar o valor da multa aplicada no item 9.6 do Acórdão 2.838/2015-TCU-Plenário ao sr. Ezequiel Sousa do Nascimento para R\$ 3.000,00 (três mil reais);
 - 9.5. dar ciência desta deliberação aos recorrentes e aos demais interessados.
10. Ata nº 38/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2299-38/18-P.
13. Especificação do quorum:



13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz (Relator), José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO II – CLASSE ____ – Plenário

TC 018.120/2018-0 [Aposos: TC 023.497/2018-1 e TC 029.997/2018-6]

Natureza: Representação (pedido de medida cautelar).

Órgãos/Entidades: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos.

Responsável: Ricardo Jose Magalhaes Barros (424.789.799-34).

Interessados: Instituto Butantan (61.821.344/0001-56); Instituto de Tecnologia do Paraná - Tecpar (77.964.393/0001-88)

Representação legal: Paulo Luis Capelotto (47.259/OAB-SP), representando Instituto Butantan; Maurício Ricardo Tinello (149.281/OAB-SP) e outros, representando Libbs Farmaceutica Ltda.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DA UNIDADE TÉCNICA. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES OCORRIDAS NO MINISTÉRIO DA SAÚDE (MS), RELACIONADAS À AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO TRASTUZUMABE, PARA UTILIZAÇÃO NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS), EM ÂMBITO DE PARCEIRA PARA O DESENVOLVIMENTO PRODUTIVO – PDP. PROPOSTA DE MEDIDA CAUTELAR. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. AUSÊNCIA DE PERICULUM IN MORA REVERSO. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENDER A EXECUÇÃO DA PARCERIA. AUTORIZAÇÃO PARA A AQUISIÇÃO DO FÁRMACO PARA O ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DE CURTO PRAZO DE FORMA A EVITAR DESABASTECIMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. RESTITUIÇÃO À UNIDADE TÉCNICA PARA CONTINUIDADE DAS ANÁLISES.

RELATÓRIO

Início este relatório com a transcrição, a seguir, da instrução de mérito subscrita pelo Auditor Federal de Controle Externo Marcos Alberto Barros Neiva (peça 66), a qual contou com a anuência do corpo diretivo da Secretaria de Controle Externo da Saúde (peças 67 e 68):

INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de representação desta unidade técnica a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Ministério da Saúde (MS), relacionadas a aquisição do medicamento Trastuzumabe para utilização no Sistema Único de Saúde (SUS), em âmbito de Parceira para o Desenvolvimento Produtivo – PDP.

HISTÓRICO

2. Em rotina de acompanhamento da execução financeira e orçamentária da clientela da SecexSaúde, foi identificada a Nota de Empenho 2018NE800336, no valor de R\$ 222.896.819,40, cujo objetivo é atender despesas com a aquisição de Trastuzumabe, sendo o credor o Instituto de Tecnologia do Paraná – Tecpar, e a aquisição realizada por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XXXII, da Lei 8.666/93 (dispensa para aquisição no âmbito de PDP).

3. Ato contínuo, com fulcro nos art. 157, 230 e 242, parágrafo único, do RI/TCU, encaminhou-se o Ofício 132/2018-TCU/SecexSaúde, de 11/4/2018, ao Secretário-Executivo do Ministério da Saúde, para que apresentasse, no prazo de 15 dias, a seguinte documentação (peça 1):

a) cópia do Termo de Compromisso 6/2017, do Termo de Compromisso 14/2017 e do Termo de Compromisso 12/2017, firmados entre o Ministério da Saúde e, respectivamente, o Instituto de Tecnologia em Imunobiológico (Biomanguinhos), o Instituto Butantan e o Instituto de Tecnologia do Paraná (Tecpar), todos relativos à realização de parcerias

para o desenvolvimento produtivo (PDP) referentes ao medicamento Trastuzumabe;

b) esclarecimentos acerca da fase em que se encontram as mencionadas PDP, informação quanto à previsão, em relação a cada uma delas, para a conclusão do processo de transferência de tecnologia, assim como o envio da documentação comprobatória (a exemplo de notas técnicas, pareceres, despachos) em relação a essas informações;

c) ainda quanto às PDP referentes ao medicamento Trastuzumabe, esclarecer se as parecerias incluem a incorporação da tecnologia de produção do insumo farmacêutico ativo (IFA), por parte dos laboratórios públicos;

d) cópia integral do processo 25000.487728/2017, que trata de dispensa de licitação, com fundamento na Lei 8666/1993, art. 24, XXXII, para a aquisição de Trastuzumabe 150 mg junto ao Tecpar;

e) cópia integral de eventuais outros processos referentes à aquisição do Trastuzumabe no âmbito das PDP mencionadas no ofício;

f) caso o Tecpar constitua o único laboratório público a fornecer o medicamento ao Ministério da Saúde, informar os motivos pelos quais houve a escolha desse laboratório em detrimento do Instituto Butantan e do Bio-Manguinhos.

4. Por meio do Ofício 1113/2018/AECI/MS, de 27/4/2018 (peça 4), o Ministério da Saúde encaminhou a Nota Técnica - NT 83/2018-CGBQB/DECIIS/SCTIE/MS (peça 5) e a Nota Técnica - NT 165/2018-CGCEAF/DAF/SCTIE/MS (peça 6), acompanhadas por dois DVD contendo os termos de compromisso solicitados no item “a” do ofício de diligência e diversos documentos relativos à aquisição de Trastuzumabe em análise.

5. Realizada a análise das informações prestadas, dada a urgência que o caso requereu, fundada no potencial prejuízo aos cofres federais, entendeu-se necessária a concessão da medida cautelar prevista no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, para determinar ao Ministério da Saúde que suspendesse a PDP firmada com o Tecpar, bem como a execução dos contratos que dela tenham derivado.

6. Entretanto, considerou-se que melhor resguardaria o interesse público, em razão de haver perigo da demora inverso, a realização de oitiva e diligência prévias à possível concessão da medida de urgência vislumbrada, para as quais houve a anuência do Relator (peça 21).

7. Nesse sentido, requereu-se a manifestação do MS para que apresentasse, no prazo de até cinco dias úteis, elementos não abrangidos na análise inicial que pudessem justificar a adoção das medidas ora questionadas, bem como se pronunciasse sobre pontos específicos, nos termos do Ofício 281/2018-TCU/SecexSaúde, de 20/6/2018 (peça 22):

(...) com fundamento no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva desse Ministério para, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, manifestar-se sobre os fatos apontados na representação em tela, em especial, quanto a:

a) formação de Parceira para o Desenvolvimento Produtivo - PDP entre o Ministério da Saúde e o Tecpar, relacionada ao medicamento Trastuzumabe, sem a observância dos requisitos de análise e aprovação pela Comissão Técnica de Avaliação e pelo Comitê Deliberativo, em oposição ao disposto na Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014, devendo apresentar eventuais elementos não abrangidos na análise inicial que possam justificar a adoção das medidas ora questionadas;

b) formação de PDP entre o Ministério da Saúde e o Tecpar relacionada ao medicamento Trastuzumabe com valor consideravelmente maior que o praticado pelo mercado ou ao que foi acordado com o Instituto Butantan para outra PDP do mesmo medicamento;

c) utilização do instituto da “redistribuição”, no âmbito da Portaria MS/GM 1.992, de 3 de agosto de 2017, para aquisição do medicamento Trastuzumabe via PDP, sem que haja previsão legal para tanto;

d) contratação para aquisição do medicamento Trastuzumabe junto ao Tecpar por preço incompatível com o praticado pelo mercado, em afronta ao previsto no inciso XXXIV, do art. 24, da Lei 8.666/1993.

2. Determinou, ainda, o Relator, com fundamento no art. 157 do RI/TCU, diligenciar a esse Ministério, a fim de que encaminhe a este Tribunal os seguintes esclarecimentos, no prazo de até 5 dias úteis:

a) quanto do objeto do contrato firmado com o Tecpar já foi entregue pela contratada, bem como qual valor já foi pago ao laboratório paranaense, encaminhando os documentos fiscais emitidos; e

b) qual é o quantitativo atual de Trastuzumabe presente em estoque para atendimento da demanda nacional.

(...)

8. Também foi diligenciado o Instituto Butantan, por meio do Ofício 0283/2018-TCU/SecexSaúde, de 20/6/2018, para que esclarecesse, no mesmo prazo, se teria condições de fornecer os quantitativos do medicamento Trastuzumabe demandados pelo Ministério da Saúde, nos prazos estipulados nos Termos de Referência 4023 e 3941 (peça 25).

9. Por fim, ante a possibilidade de lesão a direito subjetivo do Tecpar, em decorrência de eventual deliberação que venha a ser adotada pelo Tribunal, também foi estendida a oitiva ao instituto paranaense, por meio do Ofício 0282/2018-TCU/SecexSaúde, de 20/6/2018, em homenagem ao amplo contraditório defendido pelo Tribunal (peça 24).



EXAME TÉCNICO

10. Inicialmente, destaque-se que a presente instrução se deterá às questões relacionadas à cautelar, não tratando de questões de mérito. Da oitiva prévia, o Tecpar se pronunciou por meio do Ofício DE/PRE/169/2018, de 6/7/2018, recebido no Tribunal em 9/7/2018 (peça 38). Já a pasta ministerial se manifestou, inicialmente, por meio do Ofício 1848/2018/AECI/MS, de 4/7/2018, recebido no TCU em 9/7/2018 (peça 40). Posteriormente, por meio do Ofício 1869/2018/AECI/MS, de 6/7/2018, recebido no Tribunal em 12/7/2018, solicitou a prorrogação do prazo para resposta até 26/7/2018 (peça 41).

11. Autorizada pelo Relator, em caráter excepcional, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a prorrogação solicitada (peça 53), o órgão apresentou, em 30/7/2018, após o prazo limite, as respostas requeridas, por meio do Ofício 2122/2018/AECI/MS, de 26/7/2018, em aditamento ao Ofício 1848 (peça 54), bem como o Ofício 402/2018/SCTIE/MS, em 8/8/2018 (peça 58).

12. Também o Instituto Butantan solicitou prorrogação de prazo para resposta à diligência, por meio do Ofício IB 231/2018, de 13/7/2018 (peça 48). A autorização para a prorrogação foi concedida pelo Relator, no âmbito do mesmo Despacho que deferiu o pedido do MS (peça 53), até 26/7/2018. A manifestação do instituto sobre os questionamentos foi encaminhada por meio do Ofício IB 245/2018, de 18/7/2018, recebido no TCU em 24/7/2018 (peça 51).

Respostas do Instituto Butantan

13. Sem apresentar maiores esclarecimentos, a entidade informa que, para o momento, não há possibilidade de atender os quantitativos e prazos especificados nos Termos de Referência 4023 (peça 12) e 3941 (peça 16), referentes à aquisição total de 334.042 unidades do trastuzumabe (peça 51, p. 1).

14. Acrescenta que sua capacidade de fornecimento é de 56.000 frascos, na apresentação de 150 mg, a ser realizada em duas parcelas: 28.000 frascos até outubro de 2018 e 28.000 frascos até janeiro de 2019

Análise das respostas

15. No que se refere à informação de que não haveria a possibilidade de atender os quantitativos e prazos especificados nos termos de referência, mostra-se **em contradição** com a manifestação anterior sobre o potencial de fornecimento quantitativo do instituto, exarada por meio do Ofício IB 440/2017, de 27/12/2018 (peça 11), segundo o qual o Butantan teria condições de atender à totalidade da demanda anual do MS à época (242.062 unidades).

16. Em relação ao esclarecimento de que teria a capacidade de fornecer 56.000 frascos do fármaco, em duas parcelas, encontra-se **em contradição** com sua manifestação anterior sobre o prazo para atendimento da demanda do MS, quando informou ter condições de entregar até 30 de junho de 2018 (peça 7, p. 1). Consoante se verifica à peça 7, p. 2, a comunicação do Ministério ao instituto data de 16/2/2018, de maneira que, na primeira manifestação acerca da possibilidade de fornecimento do fármaco, informou-se a necessidade de cerca de quatro meses para a entrega de 242.062 unidades. Ocorre que, em 18/7/2018, o Butantan alega necessitar de cerca de seis meses para entregar 56.000 unidades (peça 51).

17. Ademais, em pesquisa realizada no sistema processual do MS, verificou-se a existência de ata de reunião realizada entre o Instituto Butantan, a Libbs Farmacêutica e o Ministério da Saúde, em 24/7/2018, onde ficou consignado que o Butantan apresentara proposta de preço de R\$ 1.145,55 por frasco de trastuzumabe (peça 56), valor 21,87% **superior ao previsto no projeto executivo da PDP (R\$ 939,93) e acima do valor de mercado**, descrito na Nota Técnica 30/2018 CGBQB/DECIIS/SCTIE/MS (peça 9, p. 5).

18. Do exposto, extrai-se: a) comunicação sobre a redução repentina do potencial produtivo do trastuzumabe pelo Instituto Butantan; b) comunicação sobre a impossibilidade repentina de cumprimento dos prazos previamente acordados para as entregas; c) aumento repentino do preço do medicamento, acima do valor de mercado e do valor da PDP firmada com a Fiocruz.

19. Sobre o primeiro fato (item a), consta dos autos que o Instituto havia se pronunciado anteriormente sobre sua capacidade de atendimento dos quantitativos acordados com o MS, nos seguintes termos (peça 11):

(...)

Assim, em cumprimento à previsão de demanda anual (242.062 unidades), informamos a viabilidade de atendimento do produto Trastuzumabe 150mg, considerando o atendimento de 20%, conforme termo de compromisso, **ou 100%, em caso de impossibilidade das outras parcerias**. (grifou-se)

20. Destaque para a afirmação de viabilidade de atendimento de, inclusive, 100% da demanda do SUS, caso Tecpar e Fiocruz não pudessem fornecer suas cotas.

21. Sobre o item b, também consta manifestação do laboratório paulista, por meio da qual afirmou que o prazo para atendimento da parte que lhe cabia na demanda apresentada pelo MS era até 30 de junho de 2018 (peça 7).



22. Por fim, quanto ao item c, foi emitida pelo MS, em 16/2/2018, a Nota Técnica 30/2018 CGBQB/DECIIS/SCTIE/MS (peça 9, p. 5), onde foram informados os preços nominais e os quantitativos estimados para o projeto de PDP aprovado: R\$ 939,93 e 649.932 unidades, respectivamente. Também ficou consignado o preço de referência antes da aprovação do projeto de PDP: R\$ 938,90.

23. As informações na NT atendem, em parte, o exigido pelo art. 14, VIII, itens a e d, do Anexo XCV, da Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, os quais dispõem que, quanto à proposta de preço de venda e estimativa da capacidade de oferta, a proposta de projeto de PDP deverá conter valores unitários anuais em termos nominais e a capacidade de oferta anual do produto para o período do projeto, e que, para a proposta de preços e estimativa da capacidade de oferta, serão utilizadas como fonte de dados os preços médios praticados pela Administração Pública e registrados nos bancos de dados oficiais e o preço praticado na última aquisição do produto pelo Ministério da Saúde, prioritariamente.

24. O normativo ainda prevê, no item b, VIII, do aludido artigo, que os preços propostos serão compatíveis com os praticados pelo SUS, bem como apresenta as fontes de dados a serem utilizadas para a proposta de preços. Assim sendo, o preço mencionado pela NT 30/2018 estava de acordo com o preconizado, uma vez que o valor de referência foi aquele praticado pelo SUS em 2017 para aquisição junto ao Laboratório Roche, por inexigibilidade de licitação, com fulcro no I, do art. 25, da Lei 8.666/1993, por se tratar, à época, de fornecedor exclusivo.

25. Nesse sentido, entende-se que o preço praticado na última aquisição junto ao mercado pelo MS deve representar o valor máximo aceito para as aquisições no âmbito de PDP do trastuzumabe, motivo pelo qual a proposta de reajuste apresentada pelo Instituto Butantan se mostra antieconômica, além de afrontar a Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, Anexo XCV, art. 14, VIII, itens a, b e d. Ressalta-se que essa última aquisição consistiu em uma contratação direta, com monopólio de fornecimento e demanda previamente conhecida pelo laboratório parceiro, e que, atualmente, o fornecimento do medicamento no Brasil também pode ser realizado pela Libbs Farmacêutica, conforme registro do medicamento na Anvisa (peça 64). Essa existência de concorrência tende a provocar, naturalmente, a queda do preço de mercado do produto, o que reforça o aspecto antieconômico do aumento de preço proposto pelo mencionado instituto.

Manifestações do Tecpar e do MS aos questionamentos dos Ofícios às peças 22 e 24

a) formação de Parceira para o Desenvolvimento Produtivo - PDP entre o Ministério da Saúde e o Tecpar, relacionada ao medicamento Trastuzumabe, sem a observância dos requisitos de análise e aprovação pela Comissão Técnica de Avaliação e pelo Comitê Deliberativo, em oposição ao disposto na Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014, devendo apresentar eventuais elementos não abrangidos na análise inicial que possam justificar a adoção das medidas ora questionadas.

Manifestação do Tecpar

26. Sobre este quesito o Tecpar afirma, essencialmente, que apresentou, em 28 de julho de 2017, projeto executivo de PDP, conforme Portaria de Consolidação GM/MS 5, anexo XCV, para análise pela CTA (Comissão Técnica de Avaliação) e pelo CD (Conselho Deliberativo). Aduz que, conforme divulgado na Portaria GM/MS 1992, de 3 de agosto de 2017, a análise técnica do Projeto Executivo apresentado levou à habilitação do Tecpar para a PDP do trastuzumabe (peça 38, p. 1).

Análise da manifestação do Tecpar

27. De pronto, equivocada a afirmação do Tecpar no sentido de que o projeto executivo de PDP apresentado em 28 de julho de 2017, para apreciação da CTA e do CD, guardaria conformidade com a Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, anexo XCV. Isso porque, em 2017, o trastuzumabe integrou o rol de produtos não elegíveis para novas PDP, segundo constou do Anexo II, item 49, da Portaria GM/MS 704/2017, que definiu a lista de produtos estratégicos para o SUS naquele ano. Isso ocorreu pois se tratava de medicamento objeto de parceria firmada anteriormente entre o Ministério da Saúde e o Instituto Butantan, por meio do Termo de Compromisso 14/2013 (peça 9, p. 3).

28. Assim, disponíveis, à ocasião, a informação de que o trastuzumabe integrou o rol de produtos não elegíveis para novas PDP naquele ano, não podendo, portanto, ser analisado pelos colegiados mencionados, em função do disposto na Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, citada pelo laboratório como embasamento jurídico. Frise-se o que dispõe a norma:

Art. 11. A proposta de projeto de PDP será elaborada considerando-se a lista vigente de produtos estratégicos para o SUS. (Origem: PRT MS/GM 2531/2014, Art. 11)

Parágrafo Único. A proposta de projeto PDP seguirá o modelo de projeto executivo previsto no portal do Ministério da Saúde, disponível no endereço eletrônico www.saude.gov.br. (Origem: PRT MS/GM 2531/2014, Art. 11, Parágrafo Único)

29. Portanto, maculado, *ab initio*, o projeto de PDP apresentado pelo Tecpar para o trastuzumabe naquele ano, dado que a proposta desconsiderou a premissa elementar da legislação vigente. Ademais, cabe destacar a manifestação de membros do CTA de que não houve a submissão de projeto executivo de projeto de PDP para o trastuzumabe em 2017 (peça 59, p. 209-210).

30. Sobre a afirmação de que, conforme divulgado na Portaria GM/MS 1992/2017, a análise técnica do Projeto Executivo (PE) apresentado levou à habilitação do Tecpar para a PDP do trastuzumabe, destaque-se não ter havido para o suposto PE a avaliação pelo CTA ou a aprovação pelo CD. Nesse sentido, o preâmbulo da mencionada portaria dispõe que “a fase de redistribuição não enseja nova fase de seleção de propostas e sim a racionalização dos esforços deste Ministério prescindindo, portanto, de nova avaliação da Comissão Técnica de Avaliação (CTA) e do Comitê Deliberativo (CD)”.

31. Diante disso, as repostas apresentadas pelo Instituto Tecpar não se mostraram suficientes para afastar a plausibilidade jurídica necessária à concessão da medida cautelar.

Manifestação do MS

32. Já o Ministério da Saúde apresenta histórico relacionado às PDP do trastuzumabe. Nesse sentido, esclarece que o mencionado fármaco foi incluído pela primeira vez na Lista de Produtos Estratégicos para o SUS em 2008, conforme Portaria GM/MS 978, de 16/05/2008. No âmbito das PDP, até 2013, três parcerias haviam sido aprovadas com as Instituições Públicas (IP) Bio-Manguinhos, Fundação Baiana de Pesquisa Científica e Desenvolvimento Tecnológico, Fornecimento e Distribuição de Medicamentos (Bahiafarma) e Instituto Vital Brazil (IVB), em conformidade com o rito definido pelo marco regulatório vigente à época, Portaria GM/MS 837, de 18 de abril de 2012 (peça 57, p. 1).

33. Transcreve-se trecho que esclarece o contexto apresentado (peça 57, p. 1):

3.3. Com a publicação da Portaria MS/GM 2.531, de 12/11/2014, todas as PDP vigentes tiveram que se adequar à nova Normativa, conforme disposto em seu art. 70. Nesse contexto, as IP encaminharam os PE referentes às PDP de trastuzumabe para atendimento ao novo rito estabelecido.

3.4. **Tais projetos ainda estavam em fase de adequação em atendimento às solicitações de ajustes feitas pela Comissão Técnica de Avaliação (CTA) quando, durante a 11ª Reunião Ordinária do GECIS, realizada em 19/10/2016, por meio da exposição “Complexo Econômico Industrial da Saúde (CEIS)”, foi apresentada a “Política de Plataformas Inteligentes de Tecnologia em Saúde”.**

(...)

3.6. **Insta destacar que a comunicação realizada no referido evento foi anterior à finalização dos encaminhamentos da Comissão Técnica de Avaliação (CTA) e Comitê Deliberativo (CD) relacionados aos projetos executivos de adequação das PDP vigentes, incluindo a do medicamento trastuzumabe.**

3.7. **Em 15/02/2017, foi elaborada a Nota Técnica 14/2017/DECIIS/SCTIE/MS, a qual trata da “Proposta de rearranjo das PDP de biológicos (anticorpos monoclonais e etanercepte)”** a qual informava sobre reunião realizada em 21/07/2016. Informações acerca dessa reunião foram apresentadas pela Nota Técnica 124/2017/DECIIS/SCTIE/MS, de 18/05/2017, sobre a **“Finalização das Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo envolvidas na redistribuição dos projetos para a produção de anticorpos monoclonais, etanercepte e insulina”**. Nesse documento é relatado que as IP responderam formalmente à solicitação do Ofício Circular 32/2016/DECIIS/SCTIE/MS, sendo Bahiafarma, por meio do Ofício ASTEC - DIREG 2016-003980, Fundação Ezequiel Dias (FUNED), por meio do Ofício Presidência 499/2016 e Instituto Vital Brazil (IVB), Ofício IVB-DP 521/2016, em que apresentaram suas motivações para disponibilizar, permutar ou acatar a determinação de desistência de seus percentuais de mercado atrelado aos TC firmados para as PDP vigentes referentes aos anticorpos monoclonais dos respectivos laboratórios. O documento analisa ainda que: *“Diante da organização e configuração estabelecida por meio de todo o processo de estudo e rearranjo dos projetos com as instituições públicas, visando racionalização da capacidade produtiva nacional minimizando múltiplas redundâncias fabris, além da otimização dos investimentos e esforços para o fortalecimento e agilidade das transferências tecnológicas, o Sr. Ministro da Saúde, no uso de suas atribuições, e com o subsídio apresentado na nota técnica 14/2017/DECIIS, por meio da Portaria nº 542, de 17 de fevereiro de 2017, publicada em 24 de fevereiro de 2017, definiu a redistribuição dos projetos para a produção de anticorpos monoclonais e etanercepte [...]”*. (a ata da reunião, contendo as falas mencionadas, consta da peça 59, p. 64-74. Grifou-se)

34. Destaca que, em atendimento ao disposto na Portaria GM/MS 542, de 17/02/2017, os PE foram encaminhados pelas IP, em abril de 2017, para análise da área técnica do Ministério da Saúde e avaliação da CTA, para posterior deliberação pelo CD, considerando que a mesma portaria faz referência ao disposto na Portaria GM/MS 2531/2014, a qual torna obrigatória a aprovação pelos colegiados.

35. Aqui, a resposta do Ministério à peça 57, p. 2, esclarece que, durante reunião, em 12/06/2017, a CTA retirou da pauta um dos projetos executivos contemplados pela Portaria GM/MS 542/2017, por entender que não foram apresentadas para a referida Comissão as motivações para a publicação de tal portaria, bem como avaliação de seus impactos, inclusive econômicos, fato ratificado na reunião da Comissão realizada em

31/08/2018, em que membros da FINEP, BNDES, MCTIC e MDIC se posicionaram contrários à avaliação de todos os projetos referentes às parcerias constantes na referida Portaria (peça 59, p. 203-205).

Análise da manifestação do MS

36. No que se refere à alegação do MS no sentido de que os projetos executivos teriam sido encaminhados para o exame da CTA e do CD, a Portaria GM/MS 542/2017 foi retificada, em 12/07/2017, e publicada no DOU 134, Seção 1, página 45, de 14/07/2017, informando, em seu preâmbulo, que “a fase de redistribuição não enseja nova fase de seleção de propostas e sim a racionalização dos esforços do MS e prescinde de nova avaliação da Comissão Técnica de Avaliação e do Comitê Deliberativo” (peça 59, p. 199).

37. Ato contínuo, foi publicada a Portaria GM/MS 1.992/2017, que divulgou o resultado da análise técnica dos projetos propostos para a produção de anticorpos monoclonais e etanercepte para o ano de 2017, considerando aptos os projetos encaminhados e indicando novo prazo para envio das adequações apontadas pelo MS. Essa portaria reforçou a suposta desnecessidade de avaliação da CTA e do CD, consoante texto constante de seu preâmbulo (peça 59, p. 202)

38. Chama a atenção a informação de que, anteriormente à finalização dos encaminhamentos da CTA e do CD relacionados aos projetos executivos de adequação das PDP vigentes, incluindo a do medicamento trastuzumabe, foi apresentada a Política de Plataformas Inteligentes de Tecnologia em Saúde, por meio da exposição Complexo Econômico Industrial da Saúde (CEIS), durante a 11ª Reunião Ordinária do Grupo Executivo do Complexo Industrial da Saúde (GECIS), realizada em 19/10/2016 (peça 57, p. 1).

39. Isso porque, em consulta ao site do MS, verificou-se que a reunião tratou, inclusive, da divulgação dos resultados das PDP, conforme ata à peça 63, p. 1, item 1.5.1. Na ocasião, consoante a Nota Técnica 137/2018-CGBQB/DECIIS/SCTIE/MS, itens 3.3, 3.4 e 3.6 (transcritos no parágrafo 33 desta instrução), os projetos ainda estavam em fase de adequação, em atendimento às solicitações de ajustes feitas pela CTA (peça 57, p. 1).

40. Logo, a retificação da Portaria GM/MS 542/2017, afastando da apreciação da Comissão Técnica de Avaliação e do Comitê Deliberativo os projetos de redistribuição dos anticorpos monoclonais e etanercepte; a manifestação da CTA no sentido de que não foram apresentadas para a referida Comissão as motivações para a publicação de tal portaria, bem como a avaliação de seus impactos, inclusive econômicos, quando da reunião realizada em 12/06/2017, ocasião em que decidiu por não analisar os projetos, retirando-os de pauta (peça 59, p. 203-211); e a publicação da Portaria GM/MS 1.992/2017, considerando aptos os aludidos projetos sem a aprovação dos colegiados, demonstram a ocorrência de desobediência ao prescrito no Marco Legal das PDP, a Portaria GM/MS 2.531/2014 (Consolidada na Portaria GM/MS 5/2017, que, no Anexo XCV, manteve os exatos termos da norma anterior).

41. Assim, entende-se não terem sido apresentados pelos interessados novos elementos, não abrangidos na instrução inicial desta Unidade Técnica (peça 18), que pudessem justificar a adoção das medidas ora questionadas. Pelo contrário, restou reforçado que a formação da PDP do trastuzumabe, com o Tecpar, não foi aprovada pelos colegiados competentes, em afronta à Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, Anexo XCV, art. 15, art. 16 e art. 18. Este fato, por si só, justificaria a adoção de medida preventiva pelo Tribunal, entretanto, prudente considerar as informações relacionadas aos demais questionamentos realizados aos jurisdicionados por esta Corte.

b) formação de PDP entre o Ministério da Saúde e o Tecpar relacionada ao medicamento Trastuzumabe com valor consideravelmente maior que o praticado pelo mercado ou ao que foi acordado com o Instituto Butantan para outra PDP do mesmo medicamento.

Manifestação do Tecpar

42. Quanto aos preços, o Tecpar defende não se poder falar em valor muito acima do de mercado, visto que o preço unitário no contrato com o MS foi de R\$ 1.293,10, enquanto que o menor preço registrado por frasco ampola na tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) de 14/3/2018, data do contrato, é de R\$ 3.303,21 (peça 38, p. 3).

43. Afirma que a diferença entre os projetos e seus preços está intrinsecamente relacionada com as etapas de transferência de tecnologia e investimentos necessários a cada um dos projetos, não bastando mera comparação entre os preços dos produtos, pois existe um componente tecnológico com custos (peça 38, p. 4).

44. Assim, a diferença entre o valor da última aquisição feita pelo Ministério [R\$ 938,94, consoante peça 8, p. 1, item 1.8] e a aquisição feita dentro do âmbito do projeto de transferência e desenvolvimento de tecnologia [R\$ 1.293,10, conforme peça 58, p. 3] seria exatamente referente aos recursos a serem utilizados pelos parceiros público, privado nacional e pelo detentor da tecnologia para realizar as atividades do projeto.



Visto que o formato da PDP não preveria aportes de recursos para essa finalidade (peça 38, p. 5).

45. Por fim, apresenta preços também da dosagem de 440mg no mercado internacional para justificar os valores cobrados no âmbito da PDP (peça 38, p. 7).

Análise da manifestação do Tecpar

46. Esta Corte de Contas possui vasta jurisprudência no sentido de que os preços divulgados pelas tabelas da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) não são o parâmetro mais adequado para servir como referência para as aquisições públicas de medicamentos ou como critério de avaliação da economicidade dessas aquisições por parte dos órgãos de controle, pois constituem referenciais máximos. Portanto, não representam a realidade do mercado para compras governamentais, não podendo ser considerados como parâmetro no caso concreto. Sobre o parâmetro adequado, remete-se ao arrazoado presente nos parágrafos 22-25 desta peça.

47. Nesse sentido, o Acórdão 3016/2012-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, proferiu a seguinte deliberação:

9.1. determinar ao Ministério da Saúde, com fundamento no art. 15 da Lei 8.666/1993, que, no prazo de 60 (sessenta) dias, alerte estados e municípios quanto à possibilidade de superdimensionamento de preços-fábrica registrados na Tabela Cmed, tornando-se imprescindível a realização de pesquisa de preços prévia à licitação, e que a aquisição de medicamentos por preços abaixo do preço-fábrica registrado não exime o gestor de possíveis sanções

48. Seguindo esse entendimento, o Acórdão 2150/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, assim deliberou:

9.1. determinar à (...) que adote providências para a correção das falhas abaixo mencionadas, apresentando ao Tribunal, no prazo de 120 dias (cento e vinte dias), as soluções adotadas:

(...)

9.1.2. ausência de realização de ampla pesquisa de preços, infringindo o que determina o art. 15, §1º, da Lei 8.666/1993;

9.1.3. adoção da tabela da CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos) como um dos principais parâmetros de preços para elaboração do orçamento de referência, não obstante este Tribunal já ter apurada a precariedade desse parâmetro para tal fim, consoante processos que culminaram nos Acórdãos 3.016/2012 - Plenário e 693/2012 - Plenário;

49. Cabe, ainda, transcrever trecho do voto do Ministro Benjamin Zymler, redator do Acórdão 2901/2016-TCU-Plenário:

(...) Em particular, cito o Relatório de Auditoria Operacional com o objetivo de avaliar se a atuação regulatória da Cmed reduz os efeitos das falhas de mercado, evitando a prática de preços abusivos. Tal fiscalização, apreciada pelo Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário, constatou o superdimensionamento dos preços de fábrica divulgados pela Cmed. Foi verificado, entre diversos achados, que os preços de tabela são significativamente superiores aos praticados em compras públicas, com casos em que chegam a mais de 10.000% de variação. (...)

73. Portanto, os preços da Cmed são referenciais máximos que a Lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, fato que não dispensa a obrigação de os gestores pesquisarem e observarem os preços praticados pelos órgãos públicos nas contratações oriundas das licitações efetivadas.

50. Sobre a afirmação de que a diferença entre o valor da última aquisição feita pelo Ministério (R\$ 938,94) e a aquisição feita dentro do âmbito do projeto de transferência e desenvolvimento de tecnologia (R\$ 1.293,10) seria referente aos recursos a serem utilizados pelos parceiros público, privado nacional e pelo detentor da tecnologia para realizar as atividades do projeto, o Tecpar não apresenta documentos que detalhem a destinação do excedente, a fim de comprovar as alegações.

51. Tampouco apresenta justificativa para o fato de que Bio-Manguinhos e Instituto Butantan ofereceram preços consideravelmente menores, R\$ 892,60 e R\$ 939,93, respectivamente, para o fornecimento do mesmo medicamento, aliado à realização de todas as atividades do projeto.

52. Assim, as argumentações apresentadas em sede de oitiva prévia mostram-se insuficientes para afastar a adoção de medida acatulatoria por parte desta Corte de Contas.

Manifestação do MS

53. O MS informa que, para a definição de critérios e metodologias para apuração do valor de transferência de tecnologia (*know how*), faz-se necessário considerar diversas variáveis para cada produto. Dessa forma, a definição de custos da transferência de tecnologia é tarefa complexa, sendo variável entre as diferentes parcerias. No caso específico das PDP previstas na Portaria GM/MS 542/2017, esclarece que não foi realizada uma análise comparativa entre as parcerias vigentes, sendo objeto de análise técnica apenas a indicação de valores anuais, em escala decrescente, e a fonte da proposta de preço.

54. Diz que, de acordo com o Marco Regulatório das PDP, a análise dos preços a serem praticados é

realizada a cada processo de aquisição do produto, e a definição dos mesmos é feita pelo Departamento de Logística em Saúde (DLOG), setor responsável pela instrução dos processos de aquisições no Ministério da Saúde (peça 57, p. 2).

Análise da manifestação do MS

55. Entende-se que a ausência de análise comparativa entre os preços de parcerias relacionadas ao mesmo produto atenta contra a economicidade. Se não são avaliadas as razões pelas quais um determinado laboratório consegue oferecer preços quase 40% menores que outro, o Ministério da Saúde se coloca em posição de desvantagem ante o mercado e levanta dúvidas quanto à capacidade de esse Ministério examinar a existência de vantagens econômicas referentes à realização da PDP.

56. Quanto à argumentação de que os preços seriam definidos apenas pelo DLOG, que não está inserido no processo de formação das PDP, mais uma vez defende-se haver vulnerabilidade por parte do MS com relação aos parceiros, dada a assimetria de informações inerente ao *modus operandi* adotado pela pasta. Assim, por ocasião da proposta de mérito, deverá ser avaliada a conveniência de determinação no sentido de corrigir a fragilidade evidenciada.

57. Diante do apresentado, concluiu-se que a resposta apresentada pelo MS não possui elementos capazes de afastar a adoção de medida cautelar.

c) utilização do instituto da “redistribuição”, no âmbito da Portaria MS/GM 1.992, de 3 de agosto de 2017, para aquisição do medicamento Trastuzumabe via PDP, sem que haja previsão legal para tanto.

Manifestação do Tecpar

58. O laboratório paranaense argui no sentido de que a redistribuição é inerente ao próprio modelo de gestão do Complexo Industrial da Saúde, onde a revisão periódica dos projetos em execução é desejável e vantajosa para a administração pública, especialmente em um ambiente de elevada complexidade e com objetivos tão audaciosos de política pública (peça 38, p. 7).

59. Informa que essa redistribuição foi feita sempre precedida de amplas reuniões com todos os atores envolvidos e respeitando suas sugestões e opiniões, para que não fossem desrespeitados contratos vigentes nem se gerasse insegurança jurídica na execução dos projetos.

60. Menciona, a título de exemplo, que, com base nas informações públicas disponíveis no sítio do DECIIS/MS, como resultado da distribuição das 9 PDP que estavam em andamento, e apenas uma estava em fase de fornecimento, as três parcerias vigentes encontram-se com pelo menos 1 produto apto a fornecimento. Que os laboratórios abriram mão dos projetos fora de sua plataforma de competência, como o Laboratório Oficial Bahiafarma, que se encontra também em fase de fornecimento com a PDP de insulina, que foi objeto de sua escolha estratégica (peça 38, p. 9).

61. Defende que a escolha pela redistribuição atendeu integralmente aos princípios da boa gestão dos recursos públicos e principalmente deu consequência ao objetivo de ampliar o acesso a medicamentos de alto custo e evitar desabastecimento do SUS.

Análise da manifestação do Tecpar

62. Não obstante concordar-se que a revisão periódica dos projetos de PDP em execução é desejável e vantajosa para a administração pública, no caso concreto, havia que ser obedecido o rito legalmente instituído pelo Marco Legal das PDP. Nesse sentido, a “redistribuição” materializada por meio da Portaria GM/MS 542/2017 e da Portaria GM/MS 1.992/2017 sequer se encontra prevista na norma basilar das PDP. Portanto, em consonância com a Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, Anexo XCV, art. 64, feita a revisão periódica e observado que eventuais projetos de PDP se encontravam em desacordo com os requisitos, os critérios, as diretrizes e as orientações estabelecidos, competiria à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) suspendê-los, a fim de que ocorresse a posterior análise pela CTA e pelo CD acerca de sua reestruturação ou extinção, cabendo, em decorrência disso e de acordo com a necessidade do MS, incluir o fármaco na lista de produtos elegíveis para a realização de PDP, de maneira a permitir que quaisquer laboratórios públicos interessados em firmar a parceria pudesse participar do processo seletivo.

63. Assim, além de ferir a legalidade, as ações ora atacadas também atentam contra os princípios da isonomia e da transparência, pois cercearam o direito de outros eventuais laboratórios públicos interessados participarem do processo de seleção relacionado à PDP do medicamento, razão pela qual entende-se que a afirmação do Tecpar de que “a escolha pela redistribuição atendeu integralmente aos princípios da boa gestão dos recursos públicos” mostra-se equivocada. Por tudo isso, as argumentações apresentadas não se mostram capazes de afastar a adoção de medida cautelar.

Manifestação do MS



64. O Ministério da Saúde faz menção ao Parecer 779/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU (peça 60), elaborado mediante solicitação da SCTIE, em razão dos questionamentos deste Tribunal. No mérito, o pronunciamento do órgão consultivo apresenta o que segue (destacaram-se trechos das citações neste parágrafo):

(...)

13. Em resumo, a PDP mostra-se parte de uma política de fomento que, mediante processo de incorporação e estímulo da produção nacional de tecnologias de saúde (fármacos e outros produtos diversos), intenciona ampliar e aprimorar as ações e serviços de saúde, e, ainda, representar fator estratégico ao desenvolvimento nacional. Para isso, são considerados diversos aspectos sob pontos de vista multidisciplinares, tais como econômico, comercial, sanitário e outros.

14. Vale dizer, em apertada síntese, que o Anexo XCV à Portaria de Consolidação 5/2017 impõe a observância de fases específicas para o estabelecimento das PDPs, prevendo, nos seus arts. 22 e seguintes, rito prévio ao início da execução da PDP, em que são analisadas e selecionadas, por colegiados interministeriais (Comissão Técnica de Avaliação e Comitê Deliberativo), as propostas de projetos de pareceria apresentadas pelos laboratórios públicos, em cooperação com entidades privadas. Caso aprovadas, essas propostas irão resultar na celebração de termo de compromisso entre o laboratório público e o Ministério, que irá reger a execução do projeto (rito aplicável aos processos administrativos de PDP instaurados até 20 de dezembro de 2017, data anterior à publicação do Decreto 9.245, de 2017).

b) Do caso dos autos

15. Incumbe registrar que, salvo engano, não foram juntadas aos autos informações por parte da SCTIE/MS quanto ao processo de seleção e escolha da PDP celebrada com o Tecpar, tampouco acerca do procedimento intitulado "redistribuição", os quais guardam pertinência com a representação do TCU.

16. Não obstante, é possível extrair dos dados constantes no aludido Ofício 0281/2018-TCU/SecexSaúde e nos documentos e manifestação juntados pelo DLOG/SE/MS as seguintes informações:

- O Trastuzumabe não se encontrava contemplado como produto estratégico para o SUS no ano de 2017, não havendo previsão de apresentação de novas propostas de projeto de PDP para aquele medicamento naquele ano, visto já estar contemplado por outra PDP. Isso se extrai do teor da própria Portaria GM/MS 704, de 8 de março de 2017, a qual lista o aludido produto em seu Anexo II, item 49 (Lista de produtos não elegíveis para apresentação de novas propostas de projeto de PDP por já estarem contempladas em PDP e outras formas de transferência de tecnologia firmadas com o Ministério da Saúde em anos anteriores).

- A PDP que já contemplava o Trastuzumabe havia sido firmada entre o Ministério da Saúde e o Instituto Butantan, não constando o Tecpar entre os parceiros aprovados para aquela PDP (o qual, aliás, tinha tido a sua proposta de PDP para o Trastuzumabe rejeitada pelo Ministério da Saúde naquele ano). Trata-se de informação constante nos itens 24 a 26 da Representação anexa ao Ofício nº 0281/2018-TCU/SecexSaúde (TC 018.120/2018-0), juntada ao SEI 4424400, e extraída de documentação encaminhada pelo próprio Ministério da Saúde ao TCU por ocasião de outra diligência.

- Não obstante, o Ministro de Estado da Saúde publicou a Portaria GM/MS 542, de 17 de fevereiro de 2017 (republicada no DOU com correções em 24/02/2017), definindo a "distribuição de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS) para o ano de 2017". Em tabela incluída no mencionado ato, restaram previstos os percentuais de fornecimento dos produtos estratégicos pelos laboratórios públicos, verificando-se a atribuição do percentual de 40% ao Tecpar, no que concerne ao Trastuzumabe (prevendo, ainda, 40% para Biomanguinhos e 20% para o Instituto Butantan); e previu, em seu art. 2º, parágrafo único, a necessidade de os laboratórios públicos apresentarem "até o dia 28 de julho de 2017, por meio de ofício, os projetos de que trata o Art. 1º para avaliação e validação do Ministério da Saúde". Vale dizer, trata-se de informação extraída da própria Portaria GM/MS nº 542/2017, publicada em 20/02/2017 e republicada em 24/02/2017.

- Posteriormente, o Ministro de Estado da Saúde publicou então a Portaria GM/MS 1.992, de 3 de agosto de 2017, que divulga os resultados da análise técnica dos projetos a que aludiu o art. 2º, parágrafo único da Portaria GM/MS 542/2017, indicando o Tecpar, o Biomanguinhos e o Instituto Butantan como aptos.

17. Como visto anteriormente, o rito das PDPs está previsto em portaria normativa do Ministro de Estado da Saúde: Anexo XCV à Portaria de Consolidação 5, de 28 de setembro de 2017 (antiga Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014). Por portaria normativa, deve-se entender aquelas dotadas de generalidade, abstração e impessoalidade, consoante conceituação contida na Portaria 2.500, de 28 de setembro de 2017.

18. Diferentemente, no caso dos autos, como já se pôde perceber, a PDP com o Tecpar foi instituída seguindo rito próprio, também previsto em portarias do Ministro de Estado da Saúde (Portarias GM/MS 542, de 17 de fevereiro de 2017, e 1.992, de 3 de agosto de 2017), estabelecido unicamente para os casos aí tratados, o que caracteriza esses atos como portarias de efeito concreto, uma vez que disciplinam situações concretas e são desprovidas de generalidade e abstração (conceituação prevista na Portaria 2.500, de 2017). (grifou-se)

65. Na citação das conclusões alcançadas pela advogada da União, opta-se por transcrever as constatações alcançadas pela parecerista. Assim, **todos os destaques deste parágrafo constam do original:**

20. Nesse sentido, fica evidenciado que o caso dos autos não seguiu o rito previsto na Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014 (atual Anexo XCV à Portaria de Consolidação 5, de 28 de setembro de 2017), que atribui à CTA e ao



CD a competência para avaliar e julgar: as propostas de PDP (arts. 15 a 18), os pedidos de instituição pública para alterar seus parceiros envolvidos nos projetos de PDP (art. 47) e os pedidos para alterar as tecnologias do projeto de PDP (art. 48). Embora não expressamente previsto, é coerente inferir que, por paralelismo, o caso de redistribuição de percentual de atendimento da demanda que resulte em atribuir a outro laboratório público a responsabilidade sobre parte desse percentual parece atrair o rito previsto no Anexo XCV à PRC 5/2017: (...)

21. Convém apontar que não se tem notícia de que as Portarias GM/MS 542, de 17 de fevereiro de 2017, e 1.992, de 3 de agosto de 2017, tenham sido submetidas, pelo então Ministro de Estado da Saúde, à análise prévia desta Consultoria Jurídica.

22. A principal dúvida jurídica, portanto, reside no fato de avaliar se a PDP com o Tecpar, estabelecida com base em portarias de efeito concreto do então Ministro de Estado da Saúde, que não seguiram o rito previsto em portarias normativas previamente existentes, é válida ou não.

23. É importante registrar que a resposta a esse questionamento não é simples, haja vista a inexistência de norma de hierarquia superior (lei ou mesmo decreto) tratando sobre o assunto, de modo que todas as portarias sobre PDP, sejam a normativa ou as de efeito concreto, foram editadas por autoridades de mesmo nível hierárquico: Ministro de Estado da Saúde.

24. Assim, em tese, se aplicados os critérios cronológico e da especialidade, poderia se entender que as Portarias GM/MS nº 542, de 17 de fevereiro de 2017, e nº 1.992, de 3 de agosto de 2017, por serem especiais e posteriores à Portaria GM/MS nº 2.531, de 12 de novembro de 2014, afastariam a aplicação desta naquilo que fossem contrárias.

25. De outro lado, verifica-se que todo o rito previsto na Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014 (atual Anexo XCV à Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017), tem por objetivo assegurar princípios constitucionais, como os da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. Assim, o estabelecimento de rito próprio para apenas algumas PDPs, em portarias de efeito concreto, sem ouvir previamente a CTA e o CD, pode gerar questionamento sobre o eventual favorecimento a determinadas instituições públicas e privadas, como se dá no caso dos presentes autos.

26. Diante dessa grave insegurança jurídica, recomenda-se a suspensão da PDP questionada pelo TCU no processo em tela, assim como de aquisições de produtos decorrentes dessa PDP, até que, considerando todos os fatores apontados acima, seja melhor examinada a sua juridicidade (no caso de eventualmente se entender pela necessidade de submissão dessa PDP ao rito geral do Anexo XCV à Portaria de Consolidação 5, de 2017, terá de ser avaliado como se dará esse saneamento e regularização).

27. Cumpre apontar que, em análise dos autos, verifica-se que providência similar já foi adotada pelo Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, consoante consta no Despacho SCTIE 4689850, de 10 de julho de 2018, in verbis:

Em virtude da recomendação do TCU, disposta nos termos do Ofício 0281/2018/SecexSaúde, notadamente no que tange ao item 3, solicito **a V.Sa. a suspensão, em caráter provisório,** de todos os pagamentos/repasses de recursos referentes a fornecimentos pelo Instituto de Tecnologia do Paraná – TECPAR, no âmbito da PDP do medicamento Trastuzumabe.

28. Em adição, **recomenda-se que sejam tomadas todas as medidas necessárias, com urgência, para se evitar o desabastecimento de Trastuzumabe, consideradas as necessidades para atendimento da demanda nacional, haja vista a referida suspensão da PDP.**

29. No que se refere aos atos de praxe subsequentes à redistribuição determinada pelas mencionadas portarias do Ministro de Estado da Saúde, que vieram a ser praticados pelas áreas técnicas - tais como o monitoramento da PDP e a aquisição do produto Trastuzumabe pelo Ministério da Saúde (a partir de despacho de autorização do Ministro) -, infere-se que foram praticados com arrimo na presunção de validade das portarias de efeito concreto emitidas pelo então Ministro de Estado da Saúde, haja vista que, consoante exposto supra, tais normas tinham o mesmo *status* normativo da portaria que estabelecia o rito geral das PDPs (Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014, atual Anexo XCV à Portaria de Consolidação 5, de 28 de setembro de 2017).

30. Ressalva-se que esse entendimento sustenta-se a partir de avaliação abstrata deste Consultivo sobre a situação. Não deve implicar, portanto, que a Administração Pública furte-se de examinar detalhadamente os casos concretos no que concerne à adequação das Portarias GM/MS 542/2017 e 1.992/2017 ao regime jurídico-administrativo das PDPs; tampouco que deixe de **averiguar possível dano ao erário decorrente das PDPs estabelecidas com base nessas portarias e, na hipótese de sua ocorrência, apurar responsabilidades, medidas as quais recomenda-se que sejam adotadas desde já.**

28. Especialmente no que concerne à avaliação econômica do preço praticado, importa observar que esta CONJUR/MS não detém informações suficientes, tampouco expertise técnica, para se manifestar acerca da vantajosidade das aquisições realizadas no âmbito de PDPs. De toda forma, **recomenda-se que a área técnica demonstre ao TCU como se chegou ao preço estabelecido no âmbito da PDP com o Tecpar, trazendo, inclusive as explicações pertinentes sobre a diferenciação do preço praticado no âmbito da PDP com o da última contratação do medicamento Trastuzumabe feita pelo Ministério da Saúde, por inexigibilidade, com o laboratório Roche, atual parceiro privado do Tecpar.**

Análise da manifestação do MS

66. Acertado o posicionamento do Consultivo sobre os fatos apontados na inicial, o qual em nada difere



do já defendido até este ponto na presente instrução. Caberá avaliar, no mérito, se haveria a mesma estatura normativa entre a Portaria GM/MS 2.531/2014 (atual Anexo XCV à Portaria de Consolidação 5/2017) - que disciplina as PDP - e as Portarias GM/MS 542/2017, e 1.992/2017 - editadas exclusivamente para o caso concreto aqui tratado.

67. Ademais, prudente da parte do gestor a suspensão, em caráter provisório, de todos os pagamentos/repasses de recursos referentes a fornecimentos pelo Instituto de Tecnologia do Paraná no âmbito da PDP do medicamento Trastuzumabe, conforme mencionado no parecer da AGU.

68. Por ora, suficiente concordar com a parecerista sobre a necessidade de suspensão também da PDP, assim como de aquisições de produtos que dela decorram, até que o Tribunal possa se posicionar definitivamente sobre sua legalidade, bem como sobre os demais fatos apontados nesta instrução.

d) contratação para aquisição do medicamento Trastuzumabe junto ao Tecpar por preço incompatível com o praticado pelo mercado, em afronta ao previsto no inciso XXXIV, do art. 24, da Lei 8.666/1993.

Manifestação do Tecpar

69. O Tecpar diz que o preço praticado guarda total razoabilidade e vantajosidade para a Administração Pública e para o Erário, visto que, além do preço necessário para garantir o acesso ao medicamento oncológico ser um dos menores do mundo, e muito abaixo do preço praticado no mercado privado e nos mercados descentralizados do SUS, ainda permite a consecução dos objetivos da PNITS, trazendo autonomia tecnológica e fortalecimento da rede de laboratórios públicos oficiais (peça 38, p. 9).

70. Finaliza afirmando que esse preço inicial não pôde ser menor, entre outros motivos, porque foi identificado que, em função da urgência do cronograma de entrega do medicamento, em decorrência dos estoques disponíveis no Departamento de Assistência Farmacêutica do Ministério da Saúde, a importação teve que ser feita pela unidade da Roche no estado de Goiás, e em função de o estado não ser signatário de convênio de isenção do ICMS para medicamentos oncológicos, na comercialização para o Estado do Paraná, gerou-se um valor de 12% de tributos para compra (peças 38, p. 10-11).

71. Requer seja acolhida sua manifestação para o fim de reconsiderar-se as conclusões alcançadas na representação constante do processo TC 018.120/2018-0, afastando-se as supostas irregularidades suscitadas e arquivando-se a representação.

Análise da manifestação do Tecpar

72. A afirmação sobre ser o preço praticado pelo instituto um dos menores do mundo, muito abaixo do preço praticado no mercado privado e nos mercados descentralizados do SUS, ignora o fato de que o parceiro atual do Tecpar na PDP do trastuzumabe, Laboratório Roche, vendeu a unidade do medicamento em 2017 ao MS, quando era fornecedor exclusivo no Brasil, por R\$ 938,94.

73. No que se refere à alegação de o preço não ser menor em razão da ausência de convênio de isenção do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS) entre os estados de Goiás e Paraná, não merece prosperar. Consoante o Convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) ICMS 87 de 2002, as operações realizadas com os fármacos listados nesse convênio e destinados a órgão da Administração Pública direta e indireta federal, estadual e municipal e as suas fundações públicas possuem isenção do ICMS. Nesse sentido, o trastuzumabe consta da lista desse normativo e, desde 13/11/2013, encontra-se isento do ICMS, nas operações com instituições da Administração Pública.

74. Assim, a resposta à oitiva não contém elementos capazes de alterar a posição desta Unidade Técnica quanto à necessidade de se propor a adoção de medida cautelar.

Manifestação do MS

75. Já o MS destaca, por meio da Coordenação Geral de Base Química e Biotecnológica, que cabe à Secretaria do Ministério da Saúde responsável pela execução do instrumento específico de aquisição do produto objeto da PDP junto à instituição pública, em conjunto com a Secretaria Executiva (SE/MS), realizar a análise de preços a serem praticados, com o apoio técnico da SCTIE/MS, em procedimento administrativo distinto do processo de PDP (peça 57, p. 3).

76. Esclarece, por fim, que, no intuito de se evitar prejuízos futuros e orientando-se pela cautela e atenção à segurança jurídica, aquela área técnica acataria as recomendações exaradas no Parecer 00779/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU (parecer à peça 60).

Análise da manifestação do MS

77. Sobre a “logística” relacionada às análises de preços, suficientes as ponderações presentes nos

parágrafos 55-57 desta instrução, restando, por fim, considerar-se adequada a opção informada pelos gestores em acatar as recomendações constantes do parecer da AGU, o que não deve ser fator impeditivo à adoção de medida cautelar por parte do TCU, a fim de garantir a manutenção do atendimento ao interesse público.

Execução do Contrato 61/2018, firmado com o Tecpar

78. Sobre os demais questionamentos que compuseram a oitiva prévia, assim manifestou-se o Ministério da Saúde, por meio da Nota Técnica 301/2018-CGCEAF/DAF/SCTIE/MS (peça 61):

a) quanto do objeto do contrato firmado com o Tecpar já foi entregue pela contratada, bem como qual valor já foi pago ao laboratório paranaense, encaminhando os documentos fiscais emitidos.

79. O Ministério da Saúde firmou com o Instituto de Tecnologia Do Paraná o Contrato 61/2018, cujo objeto consiste na aquisição de 172.374 frascos do medicamento trastuzumabe 150mg, a ser entregue de forma parcelada. Até o presente momento, segundo informa o órgão, o laboratório entregou 158.300 frascos e realizará, nos próximos dias, a entrega da última parcela do contrato (14.074 frascos).

80. Quanto aos valores pagos, o órgão apresenta Relatório de Faturas (peça 62) onde consta o total de R\$ 78.831.255,30 em notas fiscais já emitidas pelo Tecpar. O quadro a seguir detalha os **valores já pagos, que totalizam R\$ 29.702.507,00**:

FAT URA	VALOR R\$	ORDEM BANCÁRIA
23406	11.943.07 1,60	2018OB800789
23389	1.273.703 ,50	2018OB800789
23421	999.566,3 0	2018OB800789
23414	12.672.38 0,00	2018OB800789
23381	278.016,5 0	2018OB800865
23367	31.034,40	2018OB800865
23395	2.504.734 ,70	2018OB800865
TOT	29.702.5	-----
AL	07,00	

b) qual é o quantitativo atual de Trastuzumabe presente em estoque para atendimento da demanda nacional.

81. Informa que as parcelas contratadas estão sendo entregues pelo Tecpar diretamente nos almoxarifados das secretarias estaduais de saúde. Ademais, informa que o MS possui um quantitativo a receber da empresa de 14.074 frascos de trastuzumabe 150mg, que será distribuído para os estados e para o Distrito Federal nos próximos dias, e que atualmente o abastecimento da Rede SUS encontra-se regular (peça 61).

Análise das respostas do MS

82. Os dados apresentados demonstram que a execução contratual estaria em andamento, sem relatos de inadimplência por parte da contratada. Segundo informado, 92% do objeto já teria sido entregue, diretamente nos estados e no DF, restando 14.074 frascos a serem recebidos nos próximos dias. A informação de regularidade do abastecimento da Rede SUS, não havendo risco faltar medicamento para os pacientes, deve ser considerada, inclusive, para o deferimento da medida cautelar a ser proposta.

83. Ademais, o parecer da Conjur, além de sugerir a suspensão do acordo, recomendou a adoção de medidas necessárias a se evitar o desabastecimento, o que ocasionou na interrupção, pelo gestor, em caráter provisório, de todos os pagamentos/ repasses de recursos referentes a fornecimentos pelo Instituto de Tecnologia do Paraná no âmbito da PDP do medicamento Trastuzumabe. Também a Coordenação Geral de Base Química e Biotecnológica informou que acataria as recomendações do Consultivo (peça 57, p. 3).

Análise da petição à peça 58

84. Juntado aos autos, em 8/8/2018, pelo Ministério da Saúde, o Ofício 402/2018/SCTIE/MS, por meio do qual o órgão menciona o item 3 do Ofício 0281/2018-TCU/SecexSaúde, de 20/6/2018, como tendo sido motivador para que a SCTIE solicitasse a suspensão, em caráter provisório, de todos os pagamentos/repasses de recursos referentes a fornecimentos pelo Instituto de Tecnologia do Paraná, no âmbito da PDP do medicamento Trastuzumabe (peça 58, p.1).

85. Afirma que a decisão que impôs a suspensão da contratação ou a transferência de qualquer recurso

junto ao Tecpar não se revela condizente com o interesse público, uma vez que implica em ônus excessivo à população, haja vista o perigo de desabastecimento na rede pública de saúde e consequente prejuízo ao tratamento de pacientes com câncer (peça 58, p. 1-2).

86. De pronto, cogente esclarecer que o mencionado item do documento enviado ao MS não materializa decisão desta Corte. Convém reproduzir (peça 22, p. 2):

3. Por oportuno, informo a esse Ministério que qualquer contratação junto ao Tecpar, por dispensa de licitação baseada no XXXIV, do art. 24, da Lei 8.666/1990, ou, ainda, qualquer repasse de recursos realizado no âmbito da PDP do Trastuzumabe, sem que tenha havido a estrita observância dos requisitos legais previstos na Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014, ou por preço incompatível com o praticado pelo mercado **poderá ensejar a responsabilização** dos gestores que houverem autorizado os acordos (grifou-se).

87. Trata-se de alerta, lembrete oportunamente realizado quanto a mera possibilidade de responsabilização em caso de descumprimento da norma, haja vista os inúmeros indícios presentes na exordial de que a realização da PDP com o Tecpar padece de vícios de legalidade, entre outros mencionados. Nada obstante, considerar-se a medida adotada pelo gestor, no que tange à suspensão da PDP, medida adequada às boas práticas da gestão pública.

88. Quanto às alegações sobre o perigo de desabastecimento, registre-se causar estranheza o argumento apresentado, uma vez que, quando questionado, por ocasião da oitiva prévia realizada, o MS encaminhou, por meio do Ofício 2122/2018/AECI/MS, datado de 26/7/2018, recebido no TCU em 30/7/2018, a Nota Técnica 301/2018-CGCEAF/DAF/SCTIE/MS, cujo teor é taxativo ao afirmar: **“salienta-se que atualmente o abastecimento da Rede SUS encontra-se regular”** (peça 61).

89. O gestor cita Juarez Freitas que, ao mencionar o princípio constitucional da precaução, leciona sobre “a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos”. Nesse contexto, o gestor defende que “em situações como a ora em exame, é imperioso que o gestor público observe a necessidade de decidir com precaução, evitando a ocorrência de danos que podem ser maiores do que os riscos supostamente presentes” (peça 58, p. 3). Segundo aduz o peticionante:

Tal princípio exige o esforço significativo e cautela da Administração, cabendo ao órgão de controle verificar de forma razoável as medidas adotadas para evitar o desabastecimento de trastuzumabe, como forma de garantir o tratamento das pacientes (peça 58, p. 3).

90. Sem apresentar dados comprobatórios, alega que, para assegurar o contínuo e regular abastecimento da rede, o MS precisaria firmar um outro contrato com o Tecpar para a aquisição de 161.668 frascos ampola do trastuzumabe 150mg, em complementação ao quantitativo adquirido por meio do Contrato 61/2018. Diz que, havendo a necessidade de realização de processo licitatório, **no momento não haveria laboratório capaz de fornecer imediatamente o quantitativo necessário para o abastecimento da rede pública**. Que a fabricação, envase e distribuição ao MS levaria aproximadamente 3 meses (peça 58, p. 3).

91. Menciona o Acórdão 1345/2012-TCU-Plenário (da relatoria do Ministro Marcos Bemquerer), para requerer **seja autorizada a continuidade da aquisição do medicamento junto ao Tecpar**, mediante a retenção dos valores discutidos (notadamente a diferença entre os preços praticados por Tecpar e a última aquisição por inexigibilidade — R\$ 353,16 por frasco-ampola), até que o TCU emane uma manifestação definitiva sobre os indícios de sobrepreço. Requer, ainda, que **seja autorizada nova contratação com Tecpar**, condicionando sua celebração à retenção cautelar de pagamento acima exposta, medida esta capaz de preservar o interesse público, até julgamento de mérito do processo (peça 58, p. 3-4).

92. Por fim, afirma estar a Administração Pública diante de uma oportunidade única de exercer a atividade de planejamento, de modo a superar os graves problemas de iminência de desabastecimento do medicamento trastuzumabe, o que coloca em risco o tratamento de pacientes com câncer de mama (peça 58, p. 5).

Análise dos argumentos e do pedido

93. Inicialmente, ressalta-se o questionamento apresentado à pasta ministerial, no bojo da oitiva prévia realizada, constante do item 2 do Ofício 0281/2018-TCU/SecexSaúde, de 26/7/2018, no sentido de que o MS apresentasse “o quantitativo atual de Trastuzumabe presente em estoque para atendimento da demanda nacional”.

94. Na oportunidade, o MS deixou de responder à pergunta deste Tribunal, limitando-se a dizer, conforme já mencionado, que, atualmente, o abastecimento da Rede SUS encontra-se regular (peça 61). Ademais, o MS deixa de apresentar documentação comprobatória com relação aos quantitativos em estoque, tanto no âmbito da resposta de 26/7/2018, quanto desta (de 7/8/2018, à peça 58).

95. No documento mais recente, se limita a defender a iminência de desabastecimento do medicamento e



relatar a alteração de postura do Instituto Butantan, já detalhada nos parágrafos 13-25 desta peça, bem como apresenta argumentos sobre a importância do trastuzumabe para seu público alvo (peça 58, p. 2-5).

96. Nesse sentido, reputa-se frágil o embasamento do pedido que ora se analisa, não apenas em função da contradição evidenciada, mas, também, em razão da ausência de comprovação sobre as alegações paradoxais sobre as condições de abastecimento da Rede SUS. Defende-se haver a obrigação de o jurisdicionado, sempre que requerido, apresentar as informações aos órgãos de controle, a fim de que seja assegurada a adoção de medidas condizentes com a realidade de cada caso.

97. Não é razoável que o TCU seja forçado a diligenciar cada secretaria de estado de saúde do país para ter acesso aos reais montantes de trastuzumabe presentes em seus estoques. Caberia ao Ministério da Saúde, oportunamente, apresentar tais informações. Apesar disso, a pasta optou por não fazê-lo, ou, hipótese mais grave, não detém os dados.

98. Seja qual for o caso, trata-se de fato que resulta em aumento da assimetria de informações inerente à atuação do controle externo e acaba por desaguar em argumentos do tipo que ora se apresenta. São apelos relacionados aos riscos e prejuízos ao tratamento dos pacientes (7 menções ao longo das 5 páginas da peça 58), sem qualquer embasamento documental, com fortes características do denominado *Argumentum ad misericordiam*, usualmente utilizado para persuadir alguém a apoiar um argumento com base na emoção, mais do que em evidências.

99. O gestor também se utiliza, no âmbito da lógica informal (ou raciocínio analítico), do **apelo à consequência** para justificar seu pedido, quando diz caber ao órgão de controle verificar de forma razoável as medidas adotadas para evitar o desabastecimento de trastuzumabe, como forma de garantir o tratamento os pacientes, bem como do **apelo ao medo** (variação do apelo à consequência), quando defende não haver, no momento, laboratório capaz de fornecer imediatamente o quantitativo necessário para o abastecimento da rede pública.

100. Quanto à afirmação de caber ao órgão de controle verificar, de forma razoável, as medidas adotadas para evitar o desabastecimento de trastuzumabe, assim como de que inexistiria laboratório capaz de fornecer, de imediato, as quantidades do fármaco demandadas, não é função do TCU garantir o tratamento dos pacientes, isso é atribuição do Ministério da Saúde. Não cabe ao Tribunal substituir eventual gestor que, em tese, seja por incompetência, seja por buscar fim diverso do interesse público, deixa de garantir aos cidadãos acesso aos meios necessários para evitar ou diminuir seu sofrimento em razão de doença grave.

101. O papel do TCU é corrigir, oportunamente, eventuais ações que resultaram na malversação de dinheiro público, bem como, no caso de atuação *ex-post*, buscar alcançar eventuais valores desviados e punir, nos limites de sua competência constitucional, os responsáveis pelo dano.

102. Ademais, o princípio constitucional da precaução, que resulta na obrigação de adoção de medidas antecipatórias pelo gestor, considerado o caso concreto, deveria ter sido aplicado quando da adoção das diversas medidas aqui atacadas, as quais resultaram na necessidade de intervenção desta Corte.

103. De todo modo, não obstante a aparente contradição do gestor com relação ao risco de desabastecimento, há que se considerar que existem duas empresas fornecedoras do medicamento atualmente no Brasil, a saber: Roche e Libbs Farmacêutica. Ambas parceiras do Tecpar e do Butantan, respectivamente, nas PDP do trastuzumabe.

104. Por essa razão, não merece prosperar a alegação do responsável no sentido de que, no momento, não haveria laboratório capaz de fornecer imediatamente o quantitativo necessário para o abastecimento da rede pública. Nesse sentido, o trastuzumabe é integralmente produzido e fornecido pela parceira privada do Tecpar. Ou seja, na pior das hipóteses (caso a Libbs não possa fornecer o quantitativo necessário), o órgão teria que adquirir emergencialmente o medicamento da Roche, pelo preço de mercado.

105. Por fim, entende-se que a Decisão desta Corte no âmbito do Acórdão 1345/2012-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Marcos Bemquerer, mencionada pelo autor para justificar seu pleito, não guarda similaridade com o caso dos autos. Isso porque o posicionamento do Tribunal naquele processo fazia referência, conforme trecho do voto do Ministro Relator, a contrato em execução:

11. Ante essa análise, a unidade técnica sugere seja determinado às Secretarias de Estado de Infraestrutura e de Saúde de Roraima, que retenham, cautelarmente: a) no próximo pagamento a ser efetuado à empresa Elo Engenharia Ltda. o valor de R\$ 40.966,18, identificado como superfaturamento; b) em todas as próximas medições os percentuais informados no Relatório precedente relativos aos itens de serviço com sobrepreço.

12. As referidas retenções têm por finalidade impedir a entrega de quantias com suspeita de serem indevidas à empresa contratada e ainda buscam obstar a realização de novos pagamentos que poderão vir a ser considerados superfaturados. Assim, tem-se entendido que em processos que tratam de indícios de irregularidade com risco de dano ao



erário, presentes os requisitos para concessão de medida cautelar, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, este Tribunal pode determinar a retenção cautelar de valores.

106. Quanto a isso, entende-se não ser possível a aplicação da medida a contrato ainda a ser firmado. No caso, **a melhor cautela a ser adotada é não firmar novo contrato** responsável por gerar prejuízo em razão de superfaturamento. Tal medida, inclusive, deve ser adotada, de ofício, pelo próprio gestor, não dependendo de manifestação prévia do TCU.

107. Cabe, entretanto, a determinação para que haja a retenção do excedente de 27,39% (R\$ 1293,10 – R\$ 938,94) com relação ao total relacionado ao Contrato 61/2018, inclusive sobre parcela já repassada ao Tecpar, pelas razões expostas no Acórdão supra, devendo ser indeferidos os demais pedidos do autor.

Do cabimento de medida cautelar

108. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

109. Dada a urgência que o caso requer, fundada no potencial prejuízo aos cofres federais, entende-se necessária a concessão da medida cautelar prevista no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, para determinar ao Ministério da Saúde que suspenda a PDP firmada com o Tecpar e a execução dos contratos que dela tenham derivado, bem como se abstenha de firmar novos contratos com o laboratório paranaense em razão da parceria ora impugnada.

110. A medida se justifica pela possibilidade de ineficácia da decisão de mérito, considerando tratar-se de um contrato em execução e de outro prestes a ser firmado, ocasionando prejuízos recorrentes ao Erário à medida em que produzirem seus efeitos.

111. Nesse sentido, é possível afirmar que estão presentes os pressupostos para a concessão de medidas cautelares, quais sejam, o perigo da demora e a fumaça do bom direito. O primeiro, no risco de que os pagamentos realizados pelo Ministério ao Tecpar não possam mais ser reavidos, sob o argumento de que os produtos, apesar de contratados de maneira irregular, foram consumidos pelo contratante.

112. O segundo, com base nas constatações de que o Ministro da Saúde aprovou a inclusão do Tecpar na PDP do Trastuzumabe em desacordo com o preconizado pelo Marco Legal das PDP, Portaria GM/MS 2.531/2014, bem como que autorizou contratação, com base no inciso XXXIV, do art. 24, da Lei 8.666/1993, de objeto que apresentava preço acima do de mercado (parágrafos 22-25 desta instrução).

Da inexistência de perigo da demora inverso

113. Além da informação apresentada pelo MS de regularidade do abastecimento da Rede SUS (peça 61), atualmente o medicamento trastuzumabe conta com dois fornecedores autorizados no Brasil: Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A. e Libbs Farmacêutica LTDA, segundo informação da Anvisa (peça 64). A Roche foi a fornecedora do medicamento ao SUS em 2017, quando foram adquiridas 219.931 unidades pelo valor unitário de R\$ 938,94. O laboratório também consta como parceiro privado do Tecpar na PDP objeto desta análise (peça 8, p. 1).

114. Já a Libbs, apesar de nunca ter fornecido o medicamento à Administração Federal, vez que recém autorizada no mercado nacional, consta como parceira privada do Instituto Butantan na PDP firmada entre o laboratório de São Paulo e o MS.

115. Com relação à capacidade de fornecimento, apesar de não haver pronunciamento dos laboratórios nos autos, conclui-se competentes para suprir a demanda nacional do medicamento, uma vez que todo o trastuzumabe adquirido em 2018 pelo MS foi oriundo da Própria Roche, constando o Tecpar apenas como intermediário. Existe, ainda, previsão de novas aquisições junto ao laboratório, conforme mencionado na inicial (peça 18, p. 6, parágrafo 41). No caso da Libbs, também consta previsão de fornecimento ao MS, no âmbito da PDP com o Butantan (peça 13, p. 3-4).

116. Por fim, sobre a economicidade das aquisições, apesar de haver consenso sobre ser a licitação o meio que, na maioria dos casos, promove melhores condições ao Governo, relevante mencionar posicionamento constante da Nota Técnica 71/2018-DIMEC/CGIES/DLOG/SE/MS, que tratou da negociação comercial para aquisição do trastuzumabe junto ao Tecpar (peça 8):

(...)

1.8. Insta destacar que até o presente momento este Ministério da Saúde adquire este insumo por meio de inexigibilidade de licitação com a empresa ROCHE, tendo em vista que até a última contratação esta empresa era a única detentora do registro desse medicamento na ANVISA. A última aquisição foi formalizada por meio do CT 50/2017, para

um quantitativo de 219.931 frascos-ampola ao preço unitário de R\$ 938,94.

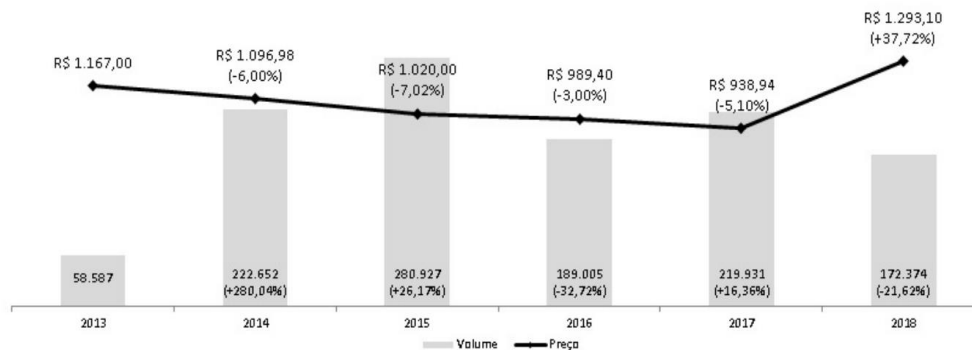
1.9. Em posse destas informações, fica evidente que o valor previsto e aprovado no projeto de PDP da TECPAR é 42,71% superior ao atualmente praticado por esta pasta. Importante destacar que as outras instituições públicas (Butantan e BioManguinhos) com projetos aprovados previram valores bem próximos ao atualmente praticado por este Ministério.

(...)

3. HISTÓRICO DE AQUISIÇÕES

3.1. Localizaram-se registros de aquisição deste insumo desde 2013, todas na modalidade inexigibilidade de licitação, por se tratar de único fornecedor com registro na ANVISA. Anteriormente ao ano de 2013 estas aquisições não eram centralizadas pelo MS, e eram adquiridas em separado por cada unidade da federação.

Gráfico 1 - Histórico de Aquisição Trastuzumabe



(...)

3.3. Assim, observa-se que nas quatro aquisições após a centralização deste insumo foram concedidos descontos em relação à contratação anterior. Estes descontos variaram de 3% a 7,02% e ocorreram mesmo nos anos em que houve redução do quantitativo a ser adquirido, como em 2016. Desta forma, esta será a primeira aquisição deste insumo em que ocorrerá elevação de preços, de forma que o preço a ser contratado será 10,81% superior ao da primeira contratação, em 2013.

(...)

3.7. Para o caso concreto, entende-se que mais uma vez esta máxima se confirmou, isto pode ser constatado nos contínuos descontos alcançados por este Ministério nas aquisições com a ROCHE, de forma que o preço da última contratação percebeu um desconto de 19,54% em relação à primeira. Isto ocorreu apesar das alterações macroeconômicas do período, em que houve desvalorização da moeda nacional e intensificação do processo inflacionário. (grifou-se)

117. O posicionamento técnico destacado confirma que, para o trastuzumabe, desde o início das aquisições centralizadas pelo MS, sempre houve decréscimo no preço unitário do medicamento. Isso ocorreu apesar de se tratar a Roche de fornecedor exclusivo, desde a primeira compra, em 2013, até a mais recente, em 2017, antes da PDP com o Tecpar, conforme gráfico 1. O preço da aquisição realizada em 2018 é exatamente aquele praticado no âmbito da parceria com o instituto paranaense.

118. Sobre a diferença entre o preço da Roche em 2017, R\$ 938,94 (inexigibilidade), e o preço do Tecpar em 2018, R\$ 1.293,10 (PDP com a Roche), assim se pronunciou o laboratório do Paraná, por meio da oitiva prévia realizada no âmbito do presente TC (peça 38, p. 5):

(...) a diferença entre o valor da última aquisição feita pelo Ministério e a aquisição feita dentro do âmbito do projeto de transferência e desenvolvimento de tecnologia são exatamente os recursos a serem utilizados pelos parceiros público, privado nacional e pelo detentor da tecnologia, para realizar as atividades do projeto. (...)

119. Do excerto destacado da manifestação do Tecpar, infere-se que o preço praticado atualmente pela Roche para a unidade do trastuzumabe 150mg é o mesmo de 2017. Portanto, entende-se que existe a tendência de que ocorra maior economia ainda no caso da aquisição do medicamento via processo licitatório. Não somente por conta do histórico da Roche de descontos sucessivos ao longo dos anos, mas também porque, atualmente, existe a concorrência com a Libbs.

120. Ademais, caso haja a cobrança, pela Roche, de valor unitário maior que o praticado nas últimas aquisições, caberá a eventual intervenção das demais instituições de controle do Estado, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e do Ministério Público Federal – MPF, a fim de garantir que o SUS não se torne refém de eventual prática abusiva.

121. Assim, até que o TCU se pronuncie definitivamente sobre a matéria, qualquer aquisição de trastuzumabe pelo MS deverá ser realizada por meio de processo licitatório, garantida, em caso de risco de desabastecimento, a dispensa prevista na Lei 8.666/1993, art. 24, IV, desde que devidamente justificada, após preenchidos os requisitos da norma, sem prejuízo à possibilidade de responsabilização do gestor que, por falta



de planejamento adequado, der causa à eventual situação emergencial.

CONCLUSÃO

122. Em suma, trata-se de parecer técnico sobre a concessão de medida cautelar, presentes o perigo da demora e a fumaça do bom direito, assim como ausente o perigo da demora inverso (parágrafos 108-121), após a realização de oitiva das partes, com o propósito de suspender parceria para o desenvolvimento produtivo - PDP firmada entre o Ministério da Saúde - MS e o Instituto de Tecnologia do Paraná - Tecpar, para o fornecimento de trastuzumabe, por desobediência aos preceitos legais. Por ocasião das oitivas, diligenciou-se o Instituto Butantan, que também detém acordo de PDP para o medicamento.

123. Das respostas do Butantan aos questionamentos do Tribunal (peça 25), bem como da documentação que apresenta aumento de preço do produto pelo laboratório após a diligência encaminhada por esta Corte (peça 56), conclui-se que o valor praticado na última aquisição junto ao mercado pelo MS (R\$ 938,94), para a concentração de 150mg de trastuzumabe, deve ser o preço máximo aceito para as aquisições no âmbito de PDP do trastuzumabe, tendo em vista que, além de se tratar de aquisição direta, com monopólio de fornecimento e demanda previamente conhecida pelo laboratório parceiro, atualmente o fornecimento do medicamento no Brasil também pode ser realizado pela Libbs Farmacêutica, conforme registro do medicamento na Anvisa (peça 64). Essa existência de concorrência, tende a provocar, naturalmente, a queda do preço de mercado do produto (parágrafos 15-25).

124. Sobre as manifestações do MS e do Tecpar, conclui-se haver indícios suficientes quanto a ocorrência de desobediência ao prescrito no Marco Legal das PDP quando da concretização do acordo. Assim, não houve a apresentação, pelos interessados, de elementos, além dos abrangidos na instrução inicial desta Unidade Técnica (peça 18), que pudessem justificar a adoção das medidas ora questionadas. Pelo contrário, restou reforçado que a formação da PDP do trastuzumabe com o Tecpar não foi aprovada pelos colegiados competentes, em afronta à Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, Anexo XCV, art. 15, art. 16 e art. 18 (parágrafos 26-41).

125. Conclui-se, ainda, que o preço praticado no âmbito da PDP está injustificadamente maior que o de mercado, uma vez que, para este caso, o valor de parâmetro deve ser aquele praticado na última aquisição junto ao mercado pelo MS (R\$ 938,94), em 2017, e não os preços das tabelas da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Também, que a ausência de análise comparativa entre os preços de parcerias relacionadas ao mesmo produto atenta contra a economicidade (parágrafos 42-57 e 69-77).

126. Sobre a utilização do instituto da “redistribuição”, sem previsão legal, pelo Ministro da Saúde, não obstante concordar-se que a revisão periódica dos projetos de PDP em execução é desejável e vantajosa para a administração pública, no caso concreto, havia que ser obedecido o processo legalmente instituído pelo Marco Legal das PDP. Nesse sentido, acertado o posicionamento da AGU, exarado por meio do Parecer 779/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU (peça 60), recomendando a suspensão da PDP com o Tecpar, assim como de aquisições de produtos decorrentes da parceria, a adoção de todas as medidas necessárias, com urgência, para se evitar o desabastecimento de Trastuzumabe e a apuração e responsabilização por eventual dano ao Erário (parágrafos 58-68).

127. Com relação à execução do Contrato 61/2018, firmado entre o MS e o Tecpar no âmbito da PDP do trastuzumabe, os dados apresentados pela pasta ministerial demonstram que a execução contratual estaria em andamento, sem relatos de inadimplência por parte da contratada. Segundo informado, 92% do objeto já teria sido entregue, diretamente nos estados e no DF, restando 14.074 frascos a serem recebidos nos próximos dias. Consta, ainda, informação de regularidade do abastecimento da Rede SUS (parágrafos 78-83).

128. Por fim, no que tange aos pedidos apresentados por meio do documento à peça 58, conclui-se não assistir razão ao autor com relação à argumentação apresentada para defender que o TCU autorize nova contratação com o Tecpar com fulcro na PDP do trastuzumabe, devendo ser parcialmente provido o pedido, com relação à retenção dos valores excedentes referentes ao contrato 61/2018. (parágrafos 84-107).

129. Portanto, entende-se prudente a adoção de medida cautelar a fim de determinar ao Ministério da Saúde que, até ulterior decisão deste Tribunal, suspenda a PDP firmada com o Instituto de Tecnologia do Paraná – Tecpar para a produção e fornecimento ao SUS do trastuzumabe, se abstendo de realizar qualquer aquisição no âmbito da aludida parceria, ou por preço acima do de mercado, bem como adote todas as medidas necessárias, com urgência, para evitar o desabastecimento do medicamento, devendo, ainda, reter, como excedente ao preço de mercado do medicamento, 27,39% dos valores ainda não repassados ao Instituto (parágrafos 107-112).

130. Dos totais já faturados, mas ainda não repassados, além da retenção do percentual acima mencionado, deverá ser retido, também, os seguintes valores, **como excedente dos pagamentos já realizados:**

FAT URA	VALOR R\$	ORDEM BANCÁRIA	VALOR A SER RETIDO R\$
23406	11.943.071,60	2018OB80 0789	3.271.207,31
23389	1.273.703,50	2018OB80 0789	348.867,39
23421	999.566,30	2018OB80 0789	273.781,21
23414	12.672.380,00	2018OB80 0789	3.471.964,88
23381	278.016,50	2018OB80 0865	76.148,72
23367	31.034,40	2018OB80 0865	8.500,32
23395	2.504.734,70	2018OB80 0865	686.046,83
TOT AL	29.702.507,00	----- -----	8.135.516,67

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

131. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

i) uma vez presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, determinar, cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Saúde que:

a) até ulterior decisão deste Tribunal, suspenda a execução da Parceria para o Desenvolvimento Produtivo firmada com o Instituto de Tecnologia do Paraná (Tecpar), por meio do Termo de Compromisso 12/2017, para a produção e fornecimento ao SUS do medicamento trastuzumabe, abstendo-se de realizar novos contratos ou aditivos no âmbito do acordo, ou efetivar aquisições por preço acima do de mercado;

b) retenha 27,39% de todas as despesas, pagas ou a pagar, em razão das parcelas já adimplidas ou a adimplir pela contratada, no âmbito do Contrato 61/2018, a título de excedente ao preço de mercado do medicamento (parágrafos 107-112);

c) adote todas as medidas necessárias, com a urgência que o caso requer, para evitar o desabastecimento do medicamento;

ii) conhecer do pedido à peça 58 para, no mérito, julgá-lo parcialmente procedente, quanto à retenção cautelar dos valores excedentes referentes ao contrato 61/2018 (parágrafos 93-107);

iii) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser adotada ao Ministério da Saúde e ao Instituto de Tecnologia do Paraná, bem como informar aos interessados que o relatório e o voto que a fundamentarem estarão disponíveis no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso exista interesse, o Tribunal poderá encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos;

iv) restituir os autos à SecexSaúde para que adote as providências cabíveis e dê continuidade às análises.

2. Após a emissão dos pareceres anteriormente reproduzidos, foram juntados novos elementos aos autos com potencial de afetar a análise do requisito do **periculum in mora reverso**, necessária a decisão cautelar (peças 71-73). Por esse motivo, determinei, por meio do despacho à peça 74, que os autos retornassem à unidade técnica para a análise da referida documentação, cujo parecer em tom uníssono (peças 77-79), reproduzo a seguir:

INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de representação desta unidade técnica a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Ministério da Saúde (MS), relacionadas a aquisição do medicamento Trastuzumabe para utilização no Sistema Único de Saúde (SUS), em âmbito de Parceria para o Desenvolvimento Produtivo – PDP.

HISTÓRICO

2. Em rotina de acompanhamento da execução financeira e orçamentária da clientela da SecexSaúde, foi identificada a Nota de Empenho 2018NE800336, no valor de R\$ 222.896.819,40, cujo objetivo é atender despesas com a aquisição de Trastuzumabe, sendo o credor o Instituto de Tecnologia do Paraná – Tecpar, e a aquisição realizada por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XXXII, da Lei 8.666/93 (dispensa para aquisição no âmbito de PDP).



3. Ato contínuo, com fulcro nos art. 157, 230 e 242, parágrafo único, do RI/TCU, encaminhou-se o Ofício 132/2018-TCU/SecexSaúde, de 11/4/2018, ao Secretário-Executivo do Ministério da Saúde, para que apresentasse, no prazo de 15 dias, a documentação pertinente (peça 1).

4. Por meio do Ofício 1113/2018/AECI/MS, de 27/4/2018 (peça 4), o Ministério da Saúde encaminhou a Nota Técnica - NT 83/2018-CGBQB/DECIIS/SCTIE/MS (peça 5) e a Nota Técnica - NT 165/2018-CGCEAF/DAF/SCTIE/MS (peça 6), acompanhadas por dois DVD contendo os termos de compromisso solicitados no item “a” do ofício de diligência e diversos documentos relativos à aquisição de Trastuzumabe em análise.

5. Realizada a análise das informações prestadas, dada a urgência que o caso requereu, fundada no potencial prejuízo aos cofres federais, entendeu-se necessária a concessão da medida cautelar prevista no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, para determinar ao Ministério da Saúde que suspendesse a PDP firmada com o Tecpar, bem como a execução dos contratos que dela tenham derivado.

6. Entretanto, considerou-se que melhor resguardaria o interesse público, em razão de haver perigo da demora inverso, a realização de oitiva e diligência prévias à possível concessão da medida de urgência vislumbrada, para as quais houve a anuência do Relator (peça 21).

7. Nesse sentido, requereu-se a manifestação do MS para que apresentasse, no prazo de até cinco dias úteis, elementos não abrangidos na análise inicial que pudessem justificar a adoção das medidas ora questionadas, bem como se pronunciasse sobre pontos específicos, nos termos do Ofício 281/2018-TCU/SecexSaúde, de 20/6/2018 (peça 22).

8. Também foi diligenciado o Instituto Butantan, por meio do Ofício 0283/2018-TCU/SecexSaúde, de 20/6/2018, para que esclarecesse, no mesmo prazo, se teria condições de fornecer os quantitativos do medicamento Trastuzumabe demandados pelo Ministério da Saúde, nos prazos estipulados nos Termos de Referência 4023 e 3941 (peça 25).

9. Por fim, ante a possibilidade de lesão a direito subjetivo do Tecpar, em decorrência de eventual deliberação que venha a ser adotada pelo Tribunal, também foi estendida a oitiva ao instituto paranaense, por meio do Ofício 0282/2018-TCU/SecexSaúde, de 20/6/2018, em homenagem ao amplo contraditório defendido pelo Tribunal (peça 24).

10. Frente às manifestações das unidades jurisdicionadas, esta Especializada emitiu, em 23/8/2018 (peça 68), pronunciamento pela concessão de medida cautelar, nos termos da peça 66, propondo, uma vez presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, a determinação, com fulcro no art. 276, caput, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Saúde:

a) até ulterior decisão deste Tribunal, suspenda a execução da Parceria para o Desenvolvimento Produtivo firmada com o Instituto de Tecnologia do Paraná (Tecpar), por meio do Termo de Compromisso 12/2017, para a produção e fornecimento ao SUS do medicamento trastuzumabe, abstendo-se de realizar novos contratos ou aditivos no âmbito do acordo, ou efetivar aquisições por preço acima do de mercado;

b) retenha 27,39% de todos as despesas, pagas ou a pagar, em razão das parcelas já adimplidas ou a adimplir pela contratada, no âmbito do Contrato 61/2018, a título de excedente ao preço de mercado do medicamento (parágrafos 107-112);

c) adote todas as medidas necessárias, com a urgência que o caso requer, para evitar o desabastecimento do medicamento.

11. Sobre a petição constante da peça 58, considerou-se adequado propor o conhecimento do pedido para, no mérito, julgá-lo parcialmente procedente, quanto à retenção cautelar dos valores excedentes referentes ao Contrato 61/2018.

12. Ato contínuo, ao declarar-se impedido, o Relator, Ministro Augusto Nardes, determinou, em 27/8/2018, o envio dos autos à Secretaria das Sessões para sorteio de novo Relator (peça 69), o que foi realizado em 28/8/2018, sendo sorteado o Ministro Aroldo Cedraz (peça 70).

13. Em 12/9/2018, após ratificar o conhecimento da representação, conforme despacho do então Relator, Ministro Augusto Nardes, à peça 21, o Ministro Aroldo Cedraz remeteu os autos a esta unidade técnica para a reavaliação e manifestação conclusiva quanto ao pedido do Ministério da Saúde à peça 58, que trata, em suma, de solicitação de autorização para a aquisição de 161.668 frascos do trastuzumabe 150mg em complementação ao quantitativo adquirido por meio do Contrato 61/2018, a serem fornecidos pelo Tecpar, para o abastecimento dos estoques do medicamento no SUS, no curto prazo (peça 74, p. 4).

14. O retorno do processo à SecexSaúde se deve, conforme discorre o Relator (peça 74, p. 3), em razão de que, após a conclusão dos pareceres da unidade técnica, em 23/8/2018, foram juntados aos autos novos elementos com potencial de afetar, em especial, a compreensão a respeito do *periculum in mora* reverso.



15. Segundo consta, a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos – SCTIE informa, por meio do Ofício 463/2018/SCTIE/MS (peça 71), que “o estoque atual do Almoxarifado do Ministério da Saúde é de 15 frascos do medicamento Trastuzumabe”, bem como “que as únicas detentoras de registro na Anvisa (Roche e Libbs) não possuem capacidade de fornecer imediatamente o quantitativo necessário para o abastecimento da rede pública, no bojo da dispensa de licitação”, apresentando documentação comprobatória da comunicação recente daquela pasta com os referidos laboratórios.

16. Ademais, segundo consta do Despacho à peça 74, “o Laboratório Tecpar (peças 72 e 73) informa que, para evitar risco de desabastecimento, estaria apto a fornecer o medicamento sem o excedente de preço identificado pela unidade técnica, ou seja, pelo valor praticado na última aquisição junto ao mercado pelo MS (R\$ 938,94)”.

EXAME TÉCNICO

Documentos apresentados pelo Ministério da Saúde

17. No Ofício 463/2018/SCTIE/MS (peça 71, p. 2-3), em suma, o MS afirma que, para o atendimento da programação do trastuzumabe para o terceiro trimestre de 2018, os estados encaminharam os quantitativos necessários para o atendimento da demanda.

18. Esclarece que, após análise dos dados, aprovou um quantitativo total de 91.615 frascos de trastuzumabe, tendo encaminhado às secretarias estaduais de saúde o quantitativo de 68.155, equivalendo a 74,39% da demanda (tabela à peça 71, p. 3). Informa que o estoque atual do almoxarifado do MS é de 15 frascos do medicamento. Requer o pronunciamento urgente desta Corte de Contas acerca dos pontos arguidos por meio do Ofício 402/2018/SCTIE/MS (peça 58) e no Ofício 416/2018/SCTIE/MS (peça 65).

19. O primeiro Ofício mencionado pede que seja autorizada a continuidade da aquisição do medicamento junto ao Tecpar, mediante a retenção dos valores discutidos, até que o TCU emane uma manifestação definitiva sobre os indícios de sobrepreço, bem como que seja autorizada nova contratação com o Tecpar, condicionando sua celebração à retenção cautelar de pagamento acima exposta, até julgamento de mérito do processo (peça 58, p. 3-4 e peça 71, p. 4).

20. O segundo menciona posicionamento desta secretaria, constante da peça 18, p. 6, no sentido de que, confirmada a hipótese ora analisada, a Portaria do Ministro da Saúde que aprovou o ingresso do laboratório paranaense na parceria constitui ato nulo, pois praticado em desacordo com a previsão aplicável, além de poder configurar usurpação de competência de colegiado (peça 65, p. 2).

21. Afirma que as argumentações causam preocupações e inseguranças naquele Ministério, sendo imprescindível que o TCU avalie se a PDP com o Tecpar, estabelecida com base em Portarias de efeito concreto do então Ministro de Estado da Saúde, é válida ou não. Aduz ser indispensável saber se o diploma legal mais recente teria vigor e regularia situações anteriormente consolidadas (peça 65, p. 2).

22. Informa que a principal finalidade da presente consulta é minimizar o impacto decorrente de uma eventual nulidade da PDP com o Tecpar, evitando os conflitos que possam emergir no confronto da “lei nova em relação à antiga”, **isto porque o Ministério da Saúde aprovou, segundo diz, por meio das Portarias GM/MS 1.992 e 1.993, de 03 de agosto de 2017, dezesseis parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP) de produtos biológicos**, conforme quadro que apresenta (peça 65, p. 2-3).

23. Argumenta em favor da redistribuição realizada e argui no sentido de ser imprescindível a definição do TCU acerca da legitimidade das dezesseis parcerias celebradas após a redistribuição, as quais, defende, não causaram prejuízo ao erário, à sociedade ou aos laboratórios públicos e privados (peça 65, p. 4-7).

24. Por fim, já se encontrando os autos na SecexSaúde, foi recebida, em 13/9/2018, nova documentação encaminhada pela SCTIE, contendo 92 páginas. Trata-se do Ofício 503/2018/SCTIE/MS, de 12/9/2018 (peça 75). Apresenta informações sobre os estoques nos estados, bem como teor de cláusula contratual entre Tecpar e Roche que nomeia o laboratório do Paraná como fornecedor exclusivo da empresa no Brasil para a venda direta do trastuzumabe ao SUS. Além disso, o gestor solicita, novamente:

considerando o pronunciamento dos estados quanto ao estoque atualizado do medicamento, a medida cautelar pleiteada consistente na autorização da continuidade da aquisição do medicamento junto ao Tecpar, mediante retenção dos valores discutidos, é fundamental para garantir o abastecimento do medicamento, até decisão definitiva sobre os indícios de sobrepreço.

Análise das informações e dos pedidos apresentados pelo MS

25. Necessário que a análise seja realizada em conjunto com as informações encaminhadas pelo Tecpar. Isso porque o pedido constante do Ofício 402/2018/SCTIE/MS (peça 58), sobre o qual constou manifestação expressa desta unidade técnica no âmbito da instrução de peça 66 (p. 16-18), reiterado por meio do Ofício 463/2018/SCTIE/MS (peça 71), não continha a manifestação presente no Ofício DE/PRE/226/2018 (peça 72),

encaminhado pelo Tecpar ao titular da SCTIE.

26. Não obstante superada a questão relacionada à retenção dos valores excedentes ao preço de mercado do medicamento, reitera-se o posicionamento adotado sobre este ponto no âmbito da peça que propôs o indeferimento do pedido à peça 58, com base nos argumentos apresentados nos parágrafos 84-107, bem como sobre os demais pontos analisados no âmbito daquela instrução técnica (peça 66).

27. Todavia, sobre a conclusão e o encaminhamento sugeridos, mostra-se necessária nova avaliação quanto à possibilidade de aquisição extraordinária pelo MS, junto ao Tecpar, no âmbito da PDP ora questionada, de quantitativo do medicamento suficiente ao atendimento da demanda de urgência ora alegada, considerando necessariamente como valor unitário máximo para a compra o preço de mercado (R\$ 938,94), com vistas ao fornecimento de trastuzumabe aos pacientes no curto prazo.

28. Entende-se não haver, no bojo da documentação juntada aos autos após o pronunciamento desta unidade técnica, justificativa suficiente à alteração das conclusões e proposições à peça 66, p. 21-23. Isso porque, após a menção ao contrato firmado entre Tecpar e Roche, realizada no âmbito da documentação anexada ao processo pela SCTIE (peça 75, p. 3), por meio do qual o citado laboratório nomeou o Tecpar como fornecedor exclusivo no Brasil para realizar vendas diretas do trastuzumabe ao SUS, solicitou-se ao instituto do Paraná o encaminhamento de cópia do acordo, para análise e confirmação das informações apresentadas pelo MS. A documentação foi disponibilizada pelo Tecpar em 17/9/2018 (peça 76).

29. Da análise do inteiro teor do contrato, observou-se que, dentre os considerandos presentes em seu preâmbulo, o instrumento apresenta (peça 76, p. 4, 6-7, 17 e 18):

CONSIDERANDO QUE, a ROCHE e os PARCEIROS vêm seguindo e estão dispostos a seguir as regras previstas na Portaria para a submissão do e transferência de tecnologia prevista no Projeto PDP;

(...)

Lei Aplicável significa as disposições aplicáveis de todos e quaisquer estatutos, leis, instrumentos, regras, normas, códigos administrativos, portarias, decretos, ordens, **decisões, liminares**, sentenças, julgamentos, alvarás e licenças **de qualquer Autoridade Governamental ou autoridade**, agência ou órgão não governamental (seja no presente ou no futuro e em qualquer território) **que tenha jurisdição ou importância em relação à Parte aplicável e seus negócios e/ou às disposições pertinentes deste Acordo. Para maior clareza, Lei Aplicável inclui a Lei 8666/1993, Lei 10.973/2004, Lei Estadual do Paraná 15.608/2007, a Portaria** e todos os regulamentos e requisitos da Anvisa.

(...)

Portaria significa a **Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014**, publicada pelo MS.

(...)

Projeto PDP significa o projeto a ser apresentado ao MS pelo PARCEIRO PÚBLICO, **preenchendo todos os requisitos da Portaria**, com relação à transferência da tecnologia do Produto conforme determinado pelos Documentos Definitivos (grifou-se).

30. Do excerto, necessário concluir que as previsões relacionadas ao cumprimento, por ambas as partes, das regras positivadas pela Portaria GM/MS 2.531/2014 (Marco Legal das PDP consolidada pela Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, que, no Anexo XCV, manteve os exatos termos da norma anterior) constituem verdadeiro fator condicionante para a eficácia do acordo. Também, que as partes reconhecem a aplicabilidade, além do previsto na Portaria GM/MS 2.531/2014, da Lei 8.666/1993.

31. Ademais, consoante a cláusula transcrita à peça 75, p. 3 (Cláusula 16, item 16.1), existe condicionante à vigência da previsão constante do acordo. Nesse sentido, a cláusula mencionada é taxativa: “... desde que o PARCEIRO PÚBLICO cumpra todas as suas obrigações estabelecidas neste Acordo ...”.

32. Por esse prisma, necessário reiterar que o Projeto de PDP do trastuzumabe, apresentado ao MS pelo Tecpar, não preenche todos os requisitos previstos na Portaria GM/MS 2.531/2014. A norma exige, em seu art. 11, que a proposta de projeto de PDP será elaborada considerando-se a lista vigente de produtos estratégicos para o SUS. Entretanto, em 2017, **o trastuzumabe integrou o rol de produtos não elegíveis para novas PDP**, segundo constou do Anexo II, item 49, da Portaria GM/MS 704/2017, **que definiu a lista de produtos estratégicos para o SUS naquele ano**. Assim, entende-se que o requisito supramencionado não foi preenchido.

33. Também há previsão expressa, no art. 14, VIII, b, de que **os preços propostos serão compatíveis com os praticados pelo SUS** e, quando necessário, aos preços de mercados internacionais dos países contemplados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), **considerando os princípios da economicidade e da vantajosidade**. Também este requisito não restou atendido.

34. Por fim, o art. 15 da norma prevê que a análise e a avaliação da proposta de projeto de PDP serão realizadas pelas Comissões Técnicas de Avaliação e pelo Comitê Deliberativo. Já o art. 18, II, prevê que **cabe ao CD aprovar ou reprovar as propostas de projeto de PDP**, mediante parecer conclusivo. Trata-se, portanto, de mais um requisito não preenchido.



35. Também houve o descumprimento, quando da submissão do projeto de PDP, bem como quando da assinatura do Contrato 61/2018, do art. 24, da Lei 8.666/1993, cujo teor dispõe:

XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, **desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado** (grifou-se).

36. Logo, considerando que o atendimento aos requisitos previstos nos normativos que menciona constituem condição *sine qua non* para a eficácia do contrato firmado entre Tecpar e Roche, conclui-se pela perda dos efeitos das cláusulas contratuais. Ademais, por existir a jurisdição do TCU para decidir sobre a legalidade, legitimidade, vantajosidade e economicidade da PDP firmada entre o MS e o laboratório estadual, haja vista tratar-se de projeto que envolve a aquisição de medicamentos com a utilização de recursos federais, entende-se que um dos efeitos imediatos da medida cautelar que ora se pleiteia será a suspensão, por arrastamento, das cláusulas constantes do acordo em questão.

37. Ademais, não obstante a alegação da SCTIE no sentido de que, no momento, não há laboratório capaz de fornecer imediatamente o quantitativo necessário para o abastecimento da rede pública (peça 71, p. 1), consigna-se que a Roche em nenhum momento alegou que não poderia fornecer o medicamento em razão de ausência de estoque, ou qualquer outra razão que não se refira ao impedimento contratual. Desse modo, uma vez prolatada a decisão, restará suspenso o único fator impeditivo à possibilidade de fornecimento direto do trastuzumabe ao SUS pela empresa. Por consequência, deverá o MS providenciar nova cotação de preços com os fornecedores que possuem registro do medicamento junto à Anvisa, a fim de concretizar a aquisição emergencial dos quantitativos necessários ao atendimento da demanda de curto prazo.

38. Paralelamente a esta compra excepcional, e até que haja decisão de mérito do TCU sobre a matéria, deverá o MS adotar todas as medidas necessárias à realização do regular procedimento licitatório para atender às próximas aquisições, a fim de garantir o abastecimento de trastuzumabe suficiente à continuidade dos tratamentos das pacientes que dele dependem.

39. Entende-se que a medida ora proposta apresenta maior anuência ao princípio da legalidade, em razão de todos os indícios já apresentados no âmbito da instrução de peça 66, bem como nesta peça técnica, sobre a ocorrência de graves irregularidades na formação do acordo.

40. Quanto ao Ofício 416/2018/SCTIE/MS (peça 65), legítima a preocupação do gestor com relação às demais quinze parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP) de produtos biológicos aprovadas pelo então Ministro da Saúde, por meio das Portarias GM/MS 1.992/2017 e 1.993/2017. Porém, defende-se que a conclusão pela legalidade da Portaria GM/MS 542/2017, que define a redistribuição dos projetos para a produção de anticorpos monoclonais e etanercept, representa entendimento que balizará o exame de validade dos demais atos referentes à redistribuição de projetos de PDP que dela derivam.

41. Assim, não é possível a definição por parte do TCU, neste momento processual, sobre a legitimidade das demais quinze PDP celebradas após a redistribuição. Isso porque, no caso concreto, não se considera adequada a suspensão da Portaria 542/2017 em sede de cognição perfunctória, o que acarretaria, por arrastamento, na suspensão de todas as parcerias que nela se fundamentam restando necessário aguardar a decisão de mérito desta Corte.

42. Entretanto, sendo a observância da legalidade, da economicidade, do interesse público, da cautela e da precaução conduta exigível de qualquer gestor da Coisa Pública, razoável consignar que qualquer contratação, por dispensa de licitação baseada no XXXIV, do art. 24, da Lei 8.666/1990, ou, ainda, qualquer repasse de recursos realizado no âmbito das PDP derivadas da Portaria GM/MS 542/2017 ou de outras portarias que se fundamentem em redistribuição de projetos de PDP, sem que tenha havido a estrita observância dos requisitos legais previstos na Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014, ou por preço incompatível com o praticado pelo mercado poderá ensejar a responsabilização dos gestores que houverem autorizado os acordos.

Documentos apresentados pelo Tecpar

43. Já o Tecpar se manifestou, por meio do Ofício DE/PRE/226/2018 (peça 72), encaminhado ao titular da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE), dizendo que, até o presente momento, não foi proferida qualquer decisão relacionada a mudança de status da PDP de trastuzumabe daquele instituto com a Roche. Nesse sentido, considera todos os atos do MS válidos, inclusive o Termo de Compromisso



12/2017, bem como os contratos firmados entre o Tecpar e seus parceiros tecnológicos (peça 72, p. 2).

44. Apresenta concordância em oferecer o trastuzumabe, em caráter excepcional, pelo preço estabelecido pelo MS, a fim de suprir os estoques do SUS, com o atendimento conforme o cronograma a ser solicitado pelo Departamento de Assistência Farmacêutica (DAF), até que sejam esclarecidas quaisquer dúvidas sobre a vantajosidade do projeto de PDP (peça 72, p. 3).

45. Solicita que seja dado prosseguimento no processo de aquisição do medicamento, no âmbito da PDP e que, caso a SCTIE considere oportuno, que seja convocada a Comissão Técnica de Avaliação (CTA) e o Comitê deliberativo (CD), para que sejam sanadas quaisquer dúvidas sobre a execução do projeto (peça 72, p. 3).

46. Também apresenta síntese técnica onde pontua, em suma, que (peça 73):

1. a razão do preço do Tecpar é a soma do preço do produto e o valor adicional para a transferência de tecnologia e os investimentos da planta no Brasil;

2. as informações repassadas pelo MS ao TCU estariam incorretas, vez que já teria sido entregue 100% dos insumos. Porém, dos 226 milhões devidos, apenas teriam sido pagos 46 milhões;

3. o Tecpar seria o único Instituto que possui o medicamento disponível, a pronta entrega, para atender as necessidades do Ministério da Saúde;

4. o Ministério necessitaria, imediatamente, de um quantitativo de 160 milhões de frascos do produto. O Tecpar está disposto a fornecer, excepcionalmente, o quantitativo ao preço proposto pelo Ministério da Saúde.

Análise das informações e dos pedidos apresentados pelo Tecpar

47. Inicialmente, discorda-se da manifestação do instituto paranaense no sentido de que, em razão de ainda não ter sido proferida qualquer decisão relacionada a mudança de status da PDP de trastuzumabe daquele instituto com a Roche, todos os atos do MS praticados até o presente momento, no âmbito da PDP, encontram-se válidos, inclusive o Termo de Compromisso 12/2017, bem como os contratos firmados entre o Tecpar e seus parceiros tecnológicos (peça 72, p. 2).

48. Isso em razão de ser relativa a presunção de validade dos atos administrativos (*iuris tantum*). Trata-se de uma aparência de legitimidade, inerente à própria formação do ato, o que não afasta a possibilidade de prova em contrário.

49. Ademais, observe-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre os aspectos do ato administrativo, quais sejam: perfeição, validade e eficácia:

é perfeito quando esgotadas todas as fases necessárias à sua produção. Portanto, ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. [...] é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. [...] é eficaz quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade.

50. O doutrinador ainda esclarece que os atos administrativos combinam esses aspectos, podendo apresentar, dentre outras combinações possíveis, a seguinte “perfeito, inválido e eficaz - quando, concluído o seu ciclo de formação e apesar de não se achar conformado as exigências normativas, encontra-se produzindo os efeitos que lhe seriam inerentes” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009).

51. Logo, entende-se que os atos derivados da PDP em questão dispõem de perfeição e eficácia, uma vez que completaram seu ciclo de formação e aptos a produzir seus efeitos. Contudo, há evidências de que o ato carece de validade. Nesse sentido, a perfeição e eficácia do ato não estão condicionadas à sua validade, conforme doutrina mencionada.

52. Assim, cabe a este Tribunal, no exercício de suas prerrogativas constitucionais, suspender a PDP em questão, uma vez presentes todos os requisitos necessários à concessão da liminar ora pleiteada, de modo que haja opção de aquisição do medicamento pelo SUS fora do acordo que se mostrou eivado de graves vícios.

53. Por fim, quanto ao pedido no sentido de que, caso a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos considere oportuno, seja convocada a Comissão Técnica de Avaliação e o Comitê deliberativo, para que sejam sanadas quaisquer dúvidas sobre a execução do projeto, **defende-se não existir razoabilidade para a SCTIE decidir nesse sentido**, considerando a CTA já ter se pronunciado sobre a impossibilidade de avaliação e monitoramento, por aquela Comissão, das PDP objeto da Portaria 542/2017, em função de o Ministério da Saúde não ter seguido o rito previsto pela legislação de regência (peça 59, p. 203-205 e p. 209-210).

CONCLUSÃO

54. Trata-se de avaliação complementar àquela realizada no âmbito da peça 66, em função de



determinação do Relator para que esta especializada considerasse documentação juntada aos autos, pelos jurisdicionados, em momento posterior ao encaminhamento dos autos para decisão, após à realização de oitiva prévia por esta unidade, sobre proposição de adoção de medida cautelar.

55. Realizada a análise dos argumentos apresentados, conclui-se não haver, no bojo da documentação juntada aos autos após o pronunciamento desta unidade técnica, justificativa suficiente à alteração das conclusões e proposições já emitidas (peça 66, p. 21-23). A fim de detalhar as premissas que embasam a conclusão, esclareceu-se que, uma vez prolatada a decisão, restará suspenso o único fator impeditivo à possibilidade de fornecimento direto do trastuzumabe ao SUS pela Roche.

56. Por consequência, deverá o MS concluir a execução do Contrato 61/2018, com as retenções indicadas na instrução de peça 66 e ratificadas na proposta de encaminhamento desta instrução, assim como providenciar nova cotação de preços, a fim de concretizar a aquisição emergencial dos quantitativos necessários ao atendimento da demanda de curto prazo. Entendeu-se que a medida proposta apresenta maior anuência ao princípio da legalidade, em razão de todos os indícios já apresentados no âmbito da instrução de peça 66, bem como nesta peça técnica, sobre a ocorrência de graves irregularidades na formação do acordo (parágrafos 28-39).

57. Sobre o pedido presente no Ofício 416/2018/SCTIE/MS (peça 65), entendeu-se legítima a preocupação do gestor com relação às demais quinze parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP) de produtos biológicos aprovadas pelo então Ministro da Saúde, por meio das Portarias GM/MS 1.992/2017 e 1.993/2017. Porém, conclui-se não ser possível a definição por parte do TCU, neste momento processual, sobre a legitimidade das demais PDP celebradas após a redistribuição. Isso porque, no caso concreto, não se considera adequada a suspensão da Portaria 542/2017 em sede de cautelar, o que acarretaria na suspensão de todas as parcerias que dela derivam, restando necessário aguardar a decisão de mérito desta Corte.

58. Todavia, ressaltou-se que, sendo a observância da legalidade, da economicidade, do interesse público, da cautela e da precaução conduta exigível de qualquer gestor da Coisa Pública, qualquer contratação, por dispensa de licitação baseada no XXXIV, do art. 24, da Lei 8.666/1990, ou, ainda, qualquer repasse de recursos realizado no âmbito das PDP derivadas da Portaria GM/MS 542/2017, sem que tenha havido a estrita observância dos requisitos legais previstos na Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014 (revogada pela Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, que, no Anexo XCV, manteve os exatos termos da norma anterior), ou por preço incompatível com o praticado pelo mercado poderá ensejar a responsabilização dos gestores que houverem autorizado os acordos (parágrafos 40-42).

59. Por fim, quanto ao pedido no sentido de que, caso a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos considere oportuno, seja convocada a Comissão Técnica de Avaliação e o Comitê deliberativo, para que sejam sanadas quaisquer dúvidas sobre a execução do projeto, **concluiu-se inexistir razoabilidade para a SCTIE adotar decisão nesse sentido**, considerando a CTA já ter se pronunciado sobre a impossibilidade de avaliação e monitoramento, por aquela Comissão, das PDP objeto da Portaria GM/MS 542/2017, em função de o Ministério da Saúde não ter seguido o rito previsto pela legislação de regência (parágrafos 43-53).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

60. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

i) acolher integralmente as propostas realizadas no âmbito da peça 66, quais sejam:

i.1) uma vez presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, determinar, cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Saúde que:

a) até ulterior decisão deste Tribunal, suspenda a execução da Parceria para o Desenvolvimento Produtivo firmada com o Instituto de Tecnologia do Paraná (Tecpar), por meio do Termo de Compromisso 12/2017, para a produção e fornecimento ao SUS do medicamento trastuzumabe, abstendo-se de realizar novos contratos ou aditivos no âmbito do acordo, ou efetivar quaisquer aquisições por preço acima do de mercado;

b) retenha 27,39% de todas as despesas, pagas ou a pagar, em razão das parcelas já adimplidas ou a adimplir pela contratada, no âmbito do Contrato 61/2018, a título de excedente ao preço de mercado do medicamento;

c) adote todas as medidas necessárias, com a urgência que o caso requer, para evitar o desabastecimento do medicamento;

i.2) conhecer do pedido à peça 58 para, no mérito, julgá-lo parcialmente procedente, quanto à retenção cautelar dos valores excedentes referentes ao contrato 61/2018;

ii) conhecer dos pedidos às peças 71 e 75 para, no mérito, julgá-los improcedentes;

iii) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser adotada ao Ministério da Saúde e ao Instituto de



Tecnologia do Paraná, bem como informar aos interessados que o relatório e o voto que a fundamentarem estarão disponíveis no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso exista interesse, o Tribunal poderá encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos;

iv) restituir os autos à SecexSaúde para que adote as providências cabíveis e dê continuidade às análises.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de representação da SecexSaúde a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Ministério da Saúde (MS), relacionadas a aquisição do medicamento **Trastuzumabe**, no tratamento do câncer de mama, para utilização no Sistema Único de Saúde (SUS), em âmbito de Parceira para o Desenvolvimento Produtivo – PDP.

2. Preliminarmente, cabe ratificar o conhecimento da representação, conforme despacho do então Relator, Ministro Augusto Nardes, à peça 21, a quem sucedi por sorteio após Sua Excelência ter se declarado impedido no processo, uma vez atendidos os pressupostos de admissibilidade dispostos no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU e no art. 106 da Resolução TCU 259/2014.

3. Nesta etapa processual, analisa-se o pedido de concessão da medida cautelar prevista no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, para determinar ao Ministério da Saúde que a PDP firmada com o Instituto de Tecnologia do Paraná - Tecpar, empresa pública vinculada à Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Paraná, bem como a execução dos contratos que dela tenham derivado, após, em razão de haver perigo da demora inverso, ter-se realizado oitiva e diligência prévias ao Ministério da Saúde – MS, ao Instituto Butantan e ao Tecpar.

4. Conforme informa a unidade técnica, requereu-se a manifestação do MS, estendida ao Tecpar, para que apresentasse elementos que pudessem justificar a adoção das medidas questionadas (peça 22):

(...) com fundamento no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva desse Ministério para, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, manifestar-se sobre os fatos apontados na representação em tela, em especial, quanto a:

a) formação de Parceira para o Desenvolvimento Produtivo - PDP entre o Ministério da Saúde e o Tecpar, relacionada ao medicamento Trastuzumabe, sem a observância dos requisitos de análise e aprovação pela Comissão Técnica de Avaliação e pelo Comitê Deliberativo, em oposição ao disposto na Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014, devendo apresentar eventuais elementos não abrangidos na análise inicial que possam justificar a adoção das medidas ora questionadas;

b) formação de PDP entre o Ministério da Saúde e o Tecpar relacionada ao medicamento Trastuzumabe com valor consideravelmente maior que o praticado pelo mercado ou ao que foi acordado com o Instituto Butantan para outra PDP do mesmo medicamento;

c) utilização do instituto da “redistribuição”, no âmbito da Portaria MS/GM 1.992, de 3 de agosto de 2017, para aquisição do medicamento Trastuzumabe via PDP, sem que haja previsão legal para tanto;

d) contratação para aquisição do medicamento Trastuzumabe junto ao Tecpar por preço incompatível com o praticado pelo mercado, em afronta ao previsto no inciso XXXIV, do art. 24, da Lei 8.666/1993.

5. O MS foi diligenciado, ainda, para que prestasse os seguintes esclarecimentos (peça 22):

a) quanto do objeto do contrato firmado com o Tecpar já foi entregue pela contratada, bem como qual valor já foi pago ao laboratório paranaense, encaminhando os documentos fiscais emitidos; e

b) qual é o quantitativo atual de Trastuzumabe presente em estoque para atendimento da demanda nacional.

(...)

6. Por seu turno, foi perguntado ao Instituto Butantan se ele teria condições de fornecer os quantitativos do medicamento Trastuzumabe demandados pelo Ministério da Saúde, nos prazos estipulados nos Termos de Referência 4023 e 3941 (peça 25).

7. Após a análise das respostas obtidas, em conjunto com os demais elementos constantes dos autos, a unidade instrutiva apresentou as seguintes conclusões:

123. Das respostas do Butantan aos questionamentos do Tribunal (peça 25), bem como da documentação que apresenta aumento de preço do produto pelo laboratório após a diligência encaminhada por esta Corte (peça 56), conclui-se que o valor praticado na última aquisição junto ao mercado pelo MS (R\$ 938,94), para a concentração de 150mg de trastuzumabe, deve ser o preço máximo aceito para as aquisições no âmbito de PDP do trastuzumabe, tendo em vista que, além de se tratar de aquisição direta, com monopólio de fornecimento e demanda previamente conhecida pelo laboratório parceiro, atualmente o fornecimento do medicamento no Brasil também pode ser realizado pela Libbs Farmacêutica, conforme registro do medicamento na Anvisa (peça 64). Essa existência de concorrência, tende a provocar, naturalmente, a queda do preço de mercado do produto (parágrafos 15-25).

124. Sobre as manifestações do MS e do Tecpar, conclui-se haver indícios suficientes quanto a ocorrência de desobediência ao prescrito no Marco Legal das PDP quando da concretização do acordo. Assim, não houve a apresentação, pelos interessados, de elementos, além dos abrangidos na instrução inicial desta Unidade Técnica (peça 18), que pudessem justificar a adoção das medidas ora questionadas. Pelo contrário, restou reforçado que a formação da PDP do trastuzumabe com o Tecpar não foi aprovada pelos colegiados competentes, em afronta à Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, Anexo XCV, art. 15, art. 16 e art. 18 (parágrafos 26-41).

125. Conclui-se, ainda, que o preço praticado no âmbito da PDP está injustificadamente maior que o de mercado, uma vez que, para este caso, o valor de parâmetro deve ser aquele praticado na última aquisição junto ao mercado pelo MS (R\$ 938,94), em 2017, e não os preços das tabelas da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Também, que a ausência de análise comparativa entre os preços de parcerias relacionadas ao mesmo produto atenta contra a economicidade (parágrafos 42-57 e 69-77).

126. Sobre a utilização do instituto da “redistribuição”, sem previsão legal, pelo Ministro da Saúde, não obstante concordar-se que a revisão periódica dos projetos de PDP em execução é desejável e vantajosa para a administração pública, no caso concreto, havia que ser obedecido o processo legalmente instituído pelo Marco Legal das PDP. Nesse sentido, acertado o posicionamento da AGU, exarado por meio do Parecer 779/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU (peça 60), recomendando a suspensão da PDP com o Tecpar, assim como de aquisições de produtos decorrentes da parceria, a adoção de todas as medidas necessárias, com urgência, para se evitar o desabastecimento de Trastuzumabe e a apuração e responsabilização por eventual dano ao Erário (parágrafos 58-68).

127. Com relação à execução do Contrato 61/2018, firmado entre o MS e o Tecpar no âmbito da PDP do trastuzumabe, os dados apresentados pela pasta ministerial demonstram que a execução contratual estaria em andamento, sem relatos de inadimplência por parte da contratada. Segundo informado, 92% do objeto já teria sido entregue, diretamente nos estados e no DF, restando 14.074 frascos a serem recebidos nos próximos dias. Consta, ainda, informação de regularidade do abastecimento da Rede SUS (parágrafos 78-83).

128. Por fim, no que tange aos pedidos apresentados por meio do documento à peça 58, conclui-se não assistir razão ao autor com relação à argumentação apresentada para defender que o TCU autorize nova contratação com o Tecpar com fulcro na PDP do trastuzumabe, devendo ser parcialmente provido o pedido, com relação à retenção dos valores excedentes referentes ao contrato 61/2018. (parágrafos 84-107).

129. Portanto, entende-se prudente a adoção de medida cautelar a fim de determinar ao Ministério da Saúde que, até ulterior decisão deste Tribunal, suspenda a PDP firmada com o Instituto de Tecnologia do Paraná – Tecpar para a produção e fornecimento ao SUS do trastuzumabe, se abstendo de realizar qualquer aquisição no âmbito da aludida parceria, ou por preço acima do de mercado, bem como adote todas as medidas necessárias, com urgência, para evitar o desabastecimento do medicamento, devendo, ainda, reter, como excedente ao preço de mercado do medicamento, 27,39% dos valores ainda não repassados ao Instituto (parágrafos 107-112).

130. Dos totais já faturados, mas ainda não repassados, além da retenção do percentual acima mencionado, deverá ser retido, também, os seguintes valores, **como excedente dos pagamentos já realizados:**

FAT URA	VALOR R\$	ORDEM BANCÁRIA	VALOR A SER RETIDO R\$
23406	11.943.071,60	2018OB80 0789	3.271.207,31
23389	1.273.703,50	2018OB80 0789	348.867,39
23421	999.566,30	2018OB80 0789	273.781,21

23414	12.672.380,00	2018OB80 0789	3.471.964,8 8
23381	278.016,50	2018OB80 0865	76.148,72
23367	31.034,40	2018OB80 0865	8.500,32
23395	2.504.734,70	2018OB80 0865	686.046,83
TOT	29.702.50	-----	8.135.516,6
AL	7,00	-----	7

8. No entanto, verifiquei que, após a conclusão dos pareceres da unidade técnica, em 23/8/2018, foram juntados aos autos novos elementos com potencial de afetar, em especial, a compreensão a respeito do **periculum in mora reverso**.

9. Referi-me, naquela ocasião à informação prestada pelo Ministério da Saúde, por meio Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos – SCTIE, que trouxe por meio do Ofício nº 463/2018/SCTIE/MS (peça 71) que “o estoque atual do Almoxarifado do Ministério da Saúde é de 15 frascos do medicamento trastuzumabe”, bem como “que as únicas detentoras de registro na Anvisa (Roche e Libbs) não possuem capacidade de fornecer imediatamente o quantitativo necessário para o abastecimento da rede pública, no bojo da dispensa de licitação.”, e a documentação comprobatória da comunicação recente daquela pasta com os referidos laboratórios.

10. Relevante, também, naquela ocasião, que o Laboratório Tecpar (peças 72 e 73) informou que, para evitar risco de desabastecimento, estaria apto a fornecer o medicamento sem o excedente de preço identificado pela unidade técnica, ou seja, excluindo do preço o valor adicional referente à transferência de tecnologia e considerando somente a fabricação simples do produto.

11. Diante desses novos elementos, entendi necessário restituir os autos à unidade técnica para a reavaliação do pedido do Ministério da Saúde à peça 58, que trata, em suma, de solicitação de autorização para a aquisição de 161.668 frascosampola do trastuzumabe 150mg em complementação ao quantitativo adquirido por meio do CT 61/2018, a serem fornecidos pela Tecpar, para o abastecimento dos estoques de Trastuzumabe no SUS, **no curto prazo**.

12. É importante destacar, ainda, que antes que a SecexSaúde complementasse a instrução processual, o Ministério da Saúde (peças 17 e 19) juntou novos elementos trazendo, em suma, que apontariam para que “para a maioria dos Estados a cobertura [do trastuzumabe] está garantida apenas até o terceiro trimestre de 2018. No entanto, outros Estados já se encontram desabastecidos”.

13. Diante deste quadro, a unidade técnica, ao complementar a instrução do feito, renovou as conclusões e as propostas anteriormente no seguinte sentido (peça 77):

CONCLUSÃO

54. Trata-se de avaliação complementar àquela realizada no âmbito da peça 66, em função de determinação do Relator para que esta especializada considerasse documentação juntada aos autos, pelos jurisdicionados, em momento posterior ao encaminhamento dos autos para decisão, após à realização de oitiva prévia por esta unidade, sobre proposição de adoção de medida cautelar.

55. Realizada a análise dos argumentos apresentados, conclui-se não haver, no bojo da documentação juntada aos autos após o pronunciamento desta unidade técnica, justificativa suficiente à alteração das conclusões e proposições já emitidas (peça 66, p. 21-23). A fim de detalhar as premissas que embasam a conclusão, esclareceu-se que, uma vez prolatada a decisão, restará suspenso o único fator impeditivo à possibilidade de fornecimento direto do trastuzumabe ao SUS pela Roche.

56. Por consequência, deverá o MS concluir a execução do Contrato 61/2018, com as retenções indicadas na instrução de peça 66 e ratificadas na proposta de encaminhamento desta instrução, assim como providenciar nova cotação de preços, a fim de concretizar a aquisição emergencial dos quantitativos necessários ao atendimento da demanda de curto prazo. Entendeu-se que a medida proposta apresenta maior anuência ao princípio da legalidade, em razão de todos os indícios já apresentados no âmbito da instrução de peça 66, bem

como nesta peça técnica, sobre a ocorrência de graves irregularidades na formação do acordo (parágrafos 28-39).

57. Sobre o pedido presente no Ofício 416/2018/SCTIE/MS (peça 65), entendeu-se legítima a preocupação do gestor com relação às demais quinze parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP) de produtos biológicos aprovadas pelo então Ministro da Saúde, por meio das Portarias GM/MS 1.992/2017 e 1.993/2017. Porém, conclui-se não ser possível a definição por parte do TCU, neste momento processual, sobre a legitimidade das demais PDP celebradas após a redistribuição. Isso porque, no caso concreto, não se considera adequada a suspensão da Portaria 542/2017 em sede de cautelar, o que acarretaria na suspensão de todas as parcerias que dela derivam, restando necessário aguardar a decisão de mérito desta Corte.

58. Todavia, ressaltou-se que, sendo a observância da legalidade, da economicidade, do interesse público, da cautela e da precaução conduta exigível de qualquer gestor da Coisa Pública, qualquer contratação, por dispensa de licitação baseada no XXXIV, do art. 24, da Lei 8.666/1990, ou, ainda, qualquer repasse de recursos realizado no âmbito das PDP derivadas da Portaria GM/MS 542/2017, sem que tenha havido a estrita observância dos requisitos legais previstos na Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014 (revogada pela Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, que, no Anexo XCV, manteve os exatos termos da norma anterior), ou por preço incompatível com o praticado pelo mercado poderá ensejar a responsabilização dos gestores que houverem autorizado os acordos (parágrafos 40-42).

59. Por fim, quanto ao pedido no sentido de que, caso a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos considere oportuno, seja convocada a Comissão Técnica de Avaliação e o Comitê deliberativo, para que sejam sanadas quaisquer dúvidas sobre a execução do projeto, **concluiu-se inexistir razoabilidade para a SCTIE adotar decisão nesse sentido**, considerando a CTA já ter se pronunciado sobre a impossibilidade de avaliação e monitoramento, por aquela Comissão, das PDP objeto da Portaria GM/MS 542/2017, em função de o Ministério da Saúde não ter seguido o rito previsto pela legislação de regência (parágrafos 43-53).

14. Feito esse breve introito, passo à análise dos requisitos para a concessão da cautelar.

15. Inicialmente, entendo estar presente o **fumus boni iuris**. Os elementos coligidos mostram, em juízo perfunctório, que a formação da PDP do trastuzumabe com o Tecpar não foi aprovada pelos colegiados competentes (Comissão Técnica de Avaliação e Comitê Deliberativo), em afronta à Portaria de Consolidação GM/MS 5/2017, Anexo XCV, art. 15, art. 16 e art. 18.

16. Nesse ponto, as informações trazidas pelo Tecpar e pelo MS não parecem, nesta análise inicial, aptas a mostrar o atendimento aos requisitos para a regular aquisição do medicamento. Primeiro, porque em 2017 o trastuzumabe integrou o rol de produtos não elegíveis para novas PDP, conforme constou do Anexo II, item 49, da Portaria GM/MS 704/2017, uma vez que se tratava de medicamento objeto de parceria firmada anteriormente entre o Ministério da Saúde e o Instituto Butantan, por meio do Termo de Compromisso 14/2013. Segundo, porque a retificação da Portaria GM/MS 542/2017, afastando da apreciação da Comissão Técnica de Avaliação - CTA e do Comitê Deliberativo - CD os projetos de redistribuição dos anticorpos monoclonais e etanercepte, não foi devidamente motivada à CTA, prescindindo, ainda, de avaliação de seus impactos, inclusive econômicos, motivo pelo qual aquele colegiado deixou de analisar o projeto executivo apresentado.

17. A própria escolha da Tecpar como parceira na PDP também carece de melhores explicações, uma vez que o rito adotado parece ter limitado a possibilidade de outros laboratórios públicos serem credenciados para a parceria.

18. A unidade técnica arremata sua análise afirmando que além de ferir a legalidade, a ação ora atacada também tem potencial de atentar contra os princípios da isonomia e da transparência, pois cercearam o direito de outros eventuais laboratórios públicos interessados participarem do processo de seleção relacionado à PDP em questão, sem prejuízo de que eventual aquisição do medicamento poderia também ter ocorrido por meio de procedimento licitatório, a preços de mercado, a fim de se buscar proposta mais vantajosa.

19. Importante ressaltar que o Parecer 779/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU (peça 60), elaborado mediante solicitação da SCTIE, recomenda a suspensão da execução da PDP enquanto pairarem as dúvidas a respeito da juridicidade do rito adotado. A título ilustrativo, reproduzo a seguir as conclusões da Advogada da União (grifos no original):

20. Nesse sentido, fica evidenciado que o caso dos autos não seguiu o rito previsto na Portaria GM/MS



2.531, de 12 de novembro de 2014 (atual Anexo XCV à Portaria de Consolidação 5, de 28 de setembro de 2017), que atribui à CTA e ao CD a competência para avaliar e julgar: as propostas de PDP (arts. 15 a 18), os pedidos de instituição pública para alterar seus parceiros envolvidos nos projetos de PDP (art. 47) e os pedidos para alterar as tecnologias do projeto de PDP (art. 48). Embora não expressamente previsto, é coerente inferir que, por paralelismo, o caso de redistribuição de percentual de atendimento da demanda que resulte em atribuir a outro laboratório público a responsabilidade sobre parte desse percentual parece atrair o rito previsto no Anexo XCV à PRC 5/2017: (...)

21. Convém apontar que não se tem notícia de que as Portarias GM/MS 542, de 17 de fevereiro de 2017, e 1.992, de 3 de agosto de 2017, tenham sido submetidas, pelo então Ministro de Estado da Saúde, à análise prévia desta Consultoria Jurídica.

22. A principal dúvida jurídica, portanto, reside no fato de avaliar se a PDP com o Tecpar, estabelecida com base em portarias de efeito concreto do então Ministro de Estado da Saúde, que não seguiram o rito previsto em portarias normativas previamente existentes, é válida ou não.

23. É importante registrar que a resposta a esse questionamento não é simples, haja vista a inexistência de norma de hierarquia superior (lei ou mesmo decreto) tratando sobre o assunto, de modo que todas as portarias sobre PDP, sejam a normativa ou as de efeito concreto, foram editadas por autoridades de mesmo nível hierárquico: Ministro de Estado da Saúde.

24. Assim, em tese, se aplicados os critérios cronológico e da especialidade, poderia se entender que as Portarias GM/MS nº 542, de 17 de fevereiro de 2017, e nº 1.992, de 3 de agosto de 2017, por serem especiais e posteriores à Portaria GM/MS nº 2.531, de 12 de novembro de 2014, afastariam a aplicação desta naquilo que fossem contrárias.

25. De outro lado, verifica-se que todo o rito previsto na Portaria GM/MS 2.531, de 12 de novembro de 2014 (atual Anexo XCV à Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017), tem por objetivo assegurar princípios constitucionais, como os da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. Assim, o estabelecimento de rito próprio para apenas algumas PDPs, em portarias de efeito concreto, sem ouvir previamente a CTA e o CD, pode gerar questionamento sobre o eventual favorecimento a determinadas instituições públicas e privadas, como se dá no caso dos presentes autos.

26. Diante dessa grave insegurança jurídica, recomenda-se a suspensão da PDP questionada pelo TCU no processo em tela, assim como de aquisições de produtos decorrentes dessa PDP, até que, considerando todos os fatores apontados acima, seja melhor examinada a sua juridicidade (no caso de eventualmente se entender pela necessidade de submissão dessa PDP ao rito geral do Anexo XCV à Portaria de Consolidação 5, de 2017, terá de ser avaliado como se dará esse saneamento e regularização).

20. Há fundadas dúvidas também a respeito do valor do fármaco na parceria MS/Tecpar. A unidade técnica verificou que a diferença entre o valor da última aquisição feita pelo Ministério (R\$ 938,94, com fornecimento pelo Laboratório Roche) e a aquisição feita dentro do âmbito do projeto de transferência e desenvolvimento de tecnologia (R\$ 1.293,10) também não foi devidamente justificada.

21. Neste aspecto, em análise preliminar, não constam nos autos elementos que mostrem que a diferença verificada se refere ao custo da transferência de tecnologia. Soma-se a isso a notícia de que o Bio-Manguinhos e o Instituto Butantan ofereceram, inicialmente, preços consideravelmente menores, de R\$ 892,60 e R\$ 939,93, respectivamente, para o fornecimento do mesmo medicamento, aliado à realização de todas as atividades do projeto.

22. O **periculum in mora** também se encontra devidamente configurado nesta etapa processual. Conforme concluiu a unidade instrutiva, há o risco de que os pagamentos realizados pelo Ministério ao Tecpar não possam mais ser reavidos, sob o argumento de que os produtos, apesar de contratados possivelmente de maneira irregular, foram consumidos pelo contratante.

23. Em relação ao **periculum in mora reverso**, a SecexSaúde tece as seguintes considerações (peça 66):

113. Além da informação apresentada pelo MS de regularidade do abastecimento da Rede SUS (peça 61), atualmente o medicamento trastuzumabe conta com dois fornecedores autorizados no Brasil: Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A. e Libbs Farmacêutica LTDA, segundo informação da Anvisa (peça 64). A Roche foi a fornecedora do medicamento ao SUS em 2017, quando foram adquiridas 219.931 unidades pelo



valor unitário de R\$ 938,94. O laboratório também consta como parceiro privado do Tecpar na PDP objeto desta análise (peça 8, p. 1).

114. Já a Libbs, apesar de nunca ter fornecido o medicamento à Administração Federal, vez que recém autorizada no mercado nacional, consta como parceira privada do Instituto Butantan na PDP firmada entre o laboratório de São Paulo e o MS.

115. Com relação à capacidade de fornecimento, apesar de não haver pronunciamento dos laboratórios nos autos, conclui-se competentes para suprir a demanda nacional do medicamento, uma vez que todo o trastuzumabe adquirido em 2018 pelo MS foi oriundo da Própria Roche, constando o Tecpar apenas como intermediário. Existe, ainda, previsão de novas aquisições junto ao laboratório, conforme mencionado na inicial (peça 18, p. 6, parágrafo 41). No caso da Libbs, também consta previsão de fornecimento ao MS, no âmbito da PDP com o Butantan (peça 13, p. 3-4).

24. Sobre o assunto, concordo com a conclusão de que parece não haver riscos materializados de um aumento do valor da aquisição do trastuzumabe pelo MS, uma vez que restou demonstrado que o custo desse medicamento está em trajetória descendente desde 2013, período em que o Laboratório Roche detinha a exclusividade em território nacional, mesmo com as variações cambiais no período. Com a entrada do laboratório Libbs neste mercado, a tendência é que a possibilidade de concorrência afete, para menor, o custo de aquisição desse fármaco.

25. Parece adequada, nesse sentido, a proposta de retenção do excedente de 27,39% por frasco do fármaco (R\$ 1.293,10 – R\$ 938,94) com relação ao total relacionado ao Contrato 61/2018, inclusive sobre parcela já repassada ao Tecpar, com o objetivo de impedir a entrega de quantias com suspeita de serem indevidas e obstar a realização de pagamentos que poderão vir a ser considerados com sobrepreço.

26. No entanto, peço vênias à unidade instrutiva para discordar em relação à impossibilidade de aplicação da medida, **em caráter excepcional**, em relação ao novo contrato em vias de ser firmado, diante da possibilidade de desabastecimento trazida pelo Ministério da Saúde no ofício à peça 58, cujo trecho reproduzo abaixo (**grifos no original**):

Em virtude da recomendação do TCU, em 10/07/2018 esta Secretaria solicitou a suspensão, em caráter provisório, de todos os pagamentos/repasses de recursos referentes a fornecimentos pelo Instituto de Tecnologia do Paraná — TECPAR, no âmbito da PDP do medicamento Trastuzumabe.

A manifestação técnica desta Secretaria foi encaminhada em 26/07/2018 à Assessoria Especial de Controle Interno — AECI do Ministério da Saúde, que providenciou sua remessa ao TCU através do Ofício nº 2122/2018/AECI/MS.

Ocorre que a decisão que impôs a suspensão da contratação ou a transferência de qualquer recurso junto ao Tecpar **não se revela condizente com o interesse público, uma vez que implica em ônus excessivo à população, haja vista o perigo de desabastecimento na rede pública de saúde e consequente prejuízo ao tratamento de pacientes com câncer.**

De acordo com o Termo de Contrato 61/2018, o Tecpar forneceu o quantitativo de 172.374 frascos de trastuzumabe 150mg ao MS, **garantindo o estoque do medicamento até o mês de agosto/2018**. Atualmente, todo o quantitativo já foi enviado às SES.

Através do Ofício IB no. 230/2018 datado de 16/07/2018 (5105704), o Instituto Butantan encaminhou proposta de novo preço unitário de **R\$ 1.141,55**, indicando disponibilidade para fornecimento da P parcela do medicamento **até 30/10/2018** e a 2º parcela **até 31/01/2019**.

No entanto, em 24/07/2018, foi realizada no Ministério da Saúde reunião com o Laboratório Butantan e com empresa Libbs para discutir a aquisição de Trastuzumabe, oportunidade em que o Butantan apresentou proposta de preço de R\$ 1345,55 por frasco-ampola, valor 21,87% superior ao que havia sido previsto no projeto executivo da PDP (R\$ 939,93). **O Butantan informou ainda que a 1ª parcela do medicamento poderá ser entregue apenas em 30/10/2018**, conforme Ata n.º 45/2018/CGIES em anexo (5105858).

Não bastasse isso, o quantitativo proposto (56.000 frascos) foi inferior ao solicitado pelo MS (83.510 frascos) que corresponderia a 20% da demanda anual. Butantan justificou que isto se deve ao lead time de produção e ao processo de importação. Dessa maneira, **Butantan apenas teria condições de atender 6,7% da demanda do SUS (28.000 frascos-ampola) somente em 30/10/2018, sendo que a parcela (6,7%) será entregue em 31/01/2019, totalizando apenas 13,41% da demanda anual**, desrespeitando o cronograma de atendimento pactuado em relação ao percentual e preço proposto no Projeto Executivo.



27. Soma-se a isso, a informação, trazida pelo Tecpar ao meu gabinete (peça 73) de que, por meio do Ofício DE/PRE/226/2018, de 30 de agosto de 2018 (peça 72), o laboratório se compromete com o Ministério da Saúde a oferecer o referido medicamento pelo preço estabelecido pelo Ministério da Saúde, “para suprir os estoques do SUS, até que sejam dirimidas quaisquer dúvidas sobre a vantajosidade do projeto de PDP de Trastuzumabe do Tecpar”.

28. Ademais, por meio do Ofício nº 463/2018/SCTIE/MS, de 31 de agosto de 2018 (peça 71, p. 1-4), o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE/MS) informa que:

Segue ainda colacionado à presente manifestação, Relatório de Inventário de Medicamento (5496623) informando que o estoque atual do Almoxarifado do Ministério da Saúde é de 15 frascos do medicamento trastuzumabe, o que comprova a situação crítica no tocante ao abastecimento, podendo ensejar danos de difícil reparação à saúde das pacientes acometidas por câncer de mama. Relembre-se que estamos diante da demanda de parte da população quanto ao tratamento câncer de mama em estágio inicial e metastático. A ausência do medicamento gera um risco de evolução da doença e de óbito dos pacientes (grifou-se).

29. Acrescentam-se a estes elementos, as informações trazidas por meio do Ofício nº 503/2018/SCTIE/MS (peça 75) que apresenta as seguintes conclusões:

Diante do exposto, possuímos o seguinte cenário:

a) Para a maioria dos Estados o estoque do medicamento para tratamento de câncer está garantido apenas até o terceiro trimestre de 2018 (setembro/2018). No entanto, alguns Estados já se encontram desabastecidos, conforme exposto no Quadro 1.

b) Bio-Manguinhos ainda não possui condições de fornecer ao MS os 40% que lhe compete da demanda anual do SUS no âmbito da PDP;

c) A empresa Libbs (parceira do Instituto Butantã) informou que o quantitativo previamente reservado ao MS para aquisições via PDP será designado ao mercado privado. Informação repassada através do Ofício nº 463/2018/SCTIE/MS;

d) No âmbito da dispensa de licitação, empresa Libbs informou que apenas possui capacidade de fornecer 10.500 frascos-ampolas do medicamento ao preço unitário de R\$ 1.182,09;

e) No âmbito da dispensa de licitação, a empresa Roche não apresentou proposta comercial, em razão de cláusula contratual vigente que nomeia o parceiro público como fornecedor exclusivo para venda do produto ao SUS;

f) Tecpar informa capacidade de fornecimento de 250.452 frascos-ampolas no prazo de 15 (quinze) dias;

g) Tecpar se compromete em oferecer o produto ao preço estabelecido pelo MS.

Em face das circunstâncias, verifica-se que a medida cautelar pleiteada revela-se razoável e adequada às boas práticas da gestão pública, uma vez que não se pode permitir o desabastecimento do medicamento na rede pública, o que poderia acarretar no agravamento da doença e possíveis mortes de pacientes.

Assim, considerando o pronunciamento dos Estados quanto ao estoque atualizado do medicamento, a medida cautelar pleiteada consistente na autorização da continuidade da aquisição do medicamento junto ao Tecpar, mediante retenção dos valores discutidos, é fundamental para garantir o abastecimento do medicamento, até decisão definitiva sobre os indícios de sobrepreço.

Por fim, esta Secretaria, respeitosamente, requer **o pronunciamento urgente** desta Corte de Contas acerca dos pontos arguidos no Ofício nº 402/2018/SCTIE/MS, Ofício nº 416/2018 /SCTIE/MS e Ofício nº 463/2018/SCTIE/MS, os quais foram cabalmente comprovados através de completo acervo documental, diante da dramática situação e risco iminente de desabastecimento do medicamento. **(grifos nos original)**

30. Nesse sentido, a medida alvitrada pela unidade técnica de realização de aquisição dos medicamentos mediante novo certame licitatório ou por meio de procedimento de dispensa de licitação com base Lei 8.666/1993, art. 24, IV, pode não ser efetiva no curto prazo, uma vez que a Roche direcionou à Tecpar a cotação de preços realizada pelo MS em 27 de agosto de 2018 (peça 71, p. 7-9).

31. Da mesma forma, foi direcionado o Ofício 208/2018/CGIES/DLOG/SE/MS (peça 71, p. 5-6) à Libbs Farmacêutica, que não se manifestou a respeito da solicitação, conforme informação da SCTIE/MS (peça 71, p. 2).

32. Sobre o assunto, a SCTIE/MS tece os seguintes comentários no Ofício nº 463/2018/SCTIE/MS (peça 71, p.2):



Cumprе ressaltar que após que em 06/08/2018 este Ministério recebeu nova proposta comercial consolidada no Ofício IB nº. 258/2018 (5496481). Ocorre que diante da discussão em análise na Corte de Contas e a esperança deste Ministério de que houvesse um pronunciamento desta Corte de Contas em relação à cautelar pleiteada, não houve assinatura de contrato com o Instituto Butantã, o que motivou o envio do Ofício nº. 28/2018/RG/Libbs (5496596) datado de 27/08/2018 pela empresa Libbs, informando o que segue:

"Com base no exposto, reiteramos que a proposta comercial apresentada em 06/08/2018, teve sua validade encerrada no dia 24/08/2018, pois continuamos sofrendo impacto cambial no produto, conforme demonstrado na cotação do dólar no dia 24/08/2018 de R\$4,10 (quatro reais e dez centavos).

***Uma vez que as negociações não evoluíram, o quantitativo previamente reservado ao Ministério da Saúde para aquisições via PDP será designado ao mercado privado gradativamente, como acima informada "* (g. nosso)**

33. Informa, ainda, que as solicitações de propostas somente podem ser encaminhadas às empresas Roche e Libbs, tendo em vista que somente estas possuem registro junto à ANVISA, destacando que o TECPAR não detém o referido registro.

34. Diante disso, a SCTIE/MS conclui que as únicas detentoras de registro na ANVISA (Roche e Libbs) não possuem capacidade de fornecer imediatamente o quantitativo necessário para o abastecimento da rede pública, no bojo da dispensa de licitação.

35. Ao final deste novo ofício, renova os pedidos para a autorização da continuidade da aquisição do medicamento junto ao Tecpar, com a retenção proposta pela unidade técnica, no seguinte sentido (peça p.3-4):

Relembre-se que estamos diante da demanda de parte da população quanto ao tratamento câncer de mama em estágio inicial e metastático. A ausência do medicamento gera um risco de evolução da doença e de óbito dos pacientes.

Assim, considerando o pronunciamento dos laboratórios, a medida cautelar pleiteada consistente na autorização da continuidade da aquisição do medicamento junto ao Tecpar, mediante retenção dos valores discutidos, é fundamental para garantir o abastecimento do medicamento, até decisão definitiva sobre os indícios de sobrepreço.

Por fim, esta Secretaria, respeitosamente, requer o pronunciamento urgente desta Corte de Contas acerca dos pontos arguidos no Ofício nº 402/2018/SCTIE/MS e Ofício nº 416/2018/SCTIE/MS, os quais foram cabalmente comprovados através de completo acervo documental, diante da dramática situação e risco iminente de desabastecimento do medicamento.

36. É importante destacar que a conclusão da unidade, nesta etapa perfunctória, de que a suspensão da PDP geraria, de pronto, a perda de validade das cláusulas do termo do Acordo de Transferência de Tecnologia, Fabricação e Fornecimento entre o Tecpar, a AXIS Biotec Empreendimentos e Participações LTDA. e a Offman La Roche LTD., juntado à peça 76, pode não resultar em uma resolução imediata da parceria entre a Tecpar e a Roche, uma vez que o próprio dispositivo contratual apresenta procedimento a ser tomado pelas partes em caso de Término do Acordo a partir de sua cláusula 36. Por esse motivo, entendo que a simples resistência de uma das partes do Acordo poderia inviabilizar o fornecimento do medicamento em análise em curto espaço de tempo.

37. No mesmo sentido, carece de maior aprofundamento nos autos a análise sobre a posse e os direitos que abrangem os 160 mil frascos que a Tecpar afirma que poderia fornecer de imediato (peça 73), bem como inexistência de informação sobre a possibilidade da Roche fornecê-los de imediato, em seu nome, caso já tenha repassado ou mesmo os produzido na planta da fábrica da Tecpar.

38. Diante desses novos argumentos, embora concorde com a suspensão da referida pareceria, entendo que, **excepcionalmente**, deve ser autorizada a contratação da aquisição de 161.668 frascos-ampola do trastuzumabe 150mg em complementação ao quantitativo adquirido por meio do CT 61/2018, quantitativo que a SCTIE/MS informa ser necessário para o contínuo e regular abastecimento da rede, no curto prazo, nos termos mencionados na Nota Técnica 327/2018-CGCEAF/DAF/SCTIE/MS, devendo a referida Secretaria iniciar, de imediato, os procedimentos para a aquisição do referido fármaco para o período subsequente mediante procedimento licitatório.



39. A medida excepcional faz-se necessária para resguardar o interesse público evitando-se danos à população alvo da referida pública, ou seja, as pessoas em tratamento para o câncer de mama, cujo fármaco em discussão é essencial para a qualidade do tratamento.

40. Se por um lado há a necessidade de se garantir a eficiência, efetividade e economicidade da política de aquisição e desenvolvimento de fármacos, por outro, não se pode frustrar, sobretudo por decisão interlocutória, o acesso à saúde do conjunto de pacientes que hoje dependem do fármaco para o seu tratamento, sobretudo, quando há a informação nos autos de que **já há desabastecimento em algumas unidades da federação**, cujos estoques estão zerados, devendo, portanto, o **Ministério da Saúde** manter o devido acompanhamento dos quantitativos disponíveis e da demanda para manter o adequado estoque do medicamento de alto custo enquanto a questão em tela não é resolvida no mérito.

41. Por oportuno, registro que em caso de mudança no quadro fático atual pela readequação do processo de formalização da PDP pelo Ministério, bem como o ajuste do preço do fármaco ao de mercado com a sua devida justificação, a cautelar ora adotada poderá ser revista a qualquer tempo.

42. Dessa forma, nesta etapa processual, acolho, em essência, os pareceres convergentes da unidade técnica no sentido da concessão da medida cautelar, adotando seus fundamentos como minhas próprias razões de decidir, uma vez que promoveram de forma adequada o exame necessário sobre a matéria.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2300/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 018.120/2018-0.
 - 1.1. Apenso: TC 023.497/2018-1 e TC 029.997/2018-6
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação (pedido de medida cautelar).
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessados: Instituto Butantan (61.821.344/0001-56); Instituto de Tecnologia do Paraná - Tecpar (77.964.393/0001-88)
 - 3.2. Responsável: Ricardo Jose Magalhaes Barros (424.789.799-34).
4. Órgãos/Entidades: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaude).
8. Representação legal:
 - 8.1. Paulo Luis Capelotto (47.259/OAB-SP), representando Instituto Butantan.
 - 8.2. Maurício Ricardo Tinello (149.281/OAB-SP) e outros, representando Libbs Farmaceutica Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que apreciam representação da unidade técnica a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Ministério da Saúde (MS), relacionadas à aquisição do medicamento Trastuzumabe para utilização no Sistema Único de Saúde (SUS), em âmbito de Parceira para o Desenvolvimento Produtivo – PDP.

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



9.1. conhecer da presente representação, uma vez atendidos os pressupostos de admissibilidade dispostos no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU e no art. 106 da Resolução TCU 259/2014;

9.2. uma vez presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, determinar, cautelarmente, nos termos do art. 276, **caput**, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Saúde que:

9.2.1. adote todas as medidas necessárias, com a urgência que o caso requer, para evitar o desabastecimento do medicamento;

9.2.2. até ulterior decisão deste Tribunal, suspenda a execução da Parceria para o Desenvolvimento Produtivo firmada com o Instituto de Tecnologia do Paraná (Tecpar), por meio do Termo de Compromisso 12/2017, para a produção e fornecimento ao SUS do medicamento trastuzumabe, abstendo-se de realizar novos contratos ou aditivos no âmbito do acordo, ou efetivar aquisições por preço acima do de mercado;

9.2.3. retenha 27,39% de todas as despesas, pagas ou a pagar, em razão das parcelas já adimplidas ou a adimplir pela contratada, no âmbito do Contrato 61/2018, a título de excedente ao preço de mercado do medicamento;

9.3. **em caráter excepcional**, autorizar o Ministério da Saúde a adquirir, no âmbito da parceria ora suspensa conforme determinado no item 9.2.1 deste acórdão, 161.668 frascos-ampola do trastuzumabe 150mg junto ao Instituto de Tecnologia do Paraná, em complementação ao quantitativo adquirido por meio do Contrato 61/2018, quantidade que a SCTIE/MS (peça 58, p.3) informa ser necessário para o contínuo e regular abastecimento da rede, **no curto prazo**, nos termos mencionados na Nota Técnica 327/2018-CGCEAF/DAF/SCTIE/MS, adotando como preço **máximo** de referência, o valor da última aquisição realizada pelo Ministério da Saúde (R\$ 938,94), devendo iniciar, **de imediato**, os procedimentos para a aquisição do referido fármaco para o período subsequente à aquisição ora autorizada;

9.4. encaminhar cópia da presente deliberação ao Ministério da Saúde e ao Instituto de Tecnologia do Paraná, bem como informar aos interessados que o relatório e o voto que a fundamentarem estarão disponíveis no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso exista interesse, o Tribunal poderá encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos;

9.5. restituir os autos à SecexSaúde para que adote as providências cabíveis e dê continuidade às análises com a urgência que o caso requer.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2300-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 005.760/2018-6

Natureza: Representação

Representante: TLD Teledata Tecnologia em Conectividade Ltda

Interessada: Digi Soluções de Comunicação Ltda.

Unidade: Banco do Brasil S.A.



SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. SOLUÇÃO DE INFRAESTRUTURA TECNOLÓGICA. SISTEMAS DE TELEFONIA PARA A CENTRAL DE ATENDIMENTO. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PERIGO NA DEMORA. MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENDER O CERTAME. OITIVA DO BANCO E DA LICITANTE VENCEDORA. EXIGÊNCIA INJUSTIFICADA DE CREDENCIAMENTO COMO CRITÉRIO DE HABILITAÇÃO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO. DETERMINAÇÕES.

RELATÓRIO

Em exame representação, com pedido de medida cautelar, apresentada pela empresa licitante TLD Teledata Tecnologia em Conectividade Ltda. em desfavor do Pregão Eletrônico 2017/04616, conduzido pelo Banco do Brasil S.A., para a contratação de serviços de manutenção e suporte técnico para a solução de infraestrutura tecnológica integrada para a Central de Atendimento do Banco do Brasil (CABB).

2. Adoto, como restante do relatório, a última instrução constante dos autos, elaborada pela Sefit, cujo pronunciamento foi solicitado em razão da especificidade da matéria, por emitir sua opinião, além de sintetizar as manifestações que a antecederam:

“INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de representação, com pedido de cautelar, da empresa TLD Teledata Tecnologia em Conectividade Ltda., CNPJ 80.043.904/0001-33, acerca do Pregão Eletrônico (PE) 2017/04616(7421) do Banco do Brasil S.A. (BB) por conta de possíveis irregularidades na etapa de habilitação (peça 1, pp. 1-12).

2. O pregão, coordenado pela Diretoria de Suprimentos, Infraestrutura e Patrimônio do BB, tem por objeto a aquisição dos serviços abaixo discriminados (peça 1, pp. 38 e 55):

a) *manutenção e suporte técnico para a solução de infraestrutura tecnológica integrada, composta de Sistema de Telefonia, Computer Telephony Integration (CTI), Sistema de Discagem Automática, Sistema de Gravação e gateways de telefonia para os sites da Central de Atendimento do Banco do Brasil, denominada solução Cabb, compreendendo os **hardwares**, **softwares** e licenças, pelo prazo de 36 meses, prorrogável por até 60 meses;*

b) *remanejamento de todo ambiente físico de site da Cabb SP do 5º para o 6º andar, dentro do mesmo prédio, contemplando todos os componentes da solução do site, mediante acionamento do Banco.*

HISTÓRICO

3. *A sessão de lances do PE 2017/04616 ocorreu em 8/1/2018 e foi vencida pela representante, empresa TLD, com o valor de R\$ 18.000.000,00. Não houve lances por parte da TLD, ou seja, ela venceu a disputa com o valor de sua proposta inicial (peça 35, p. 28).*

4. *Em 10 e 15/1/2018, a empresa Digi Soluções de Comunicação Ltda. (CNPJ 06.126.611/0002-48) solicitou o envio da documentação apresentada pela empresa TLD para o **email** 'licitacao@digivox.com.br'. Em 16/2/2018, o BB convocou a TLD para apresentar a documentação técnica relativa ao item 9.2 do edital (peça 35, p. 29).*

5. *Em 26/2/2018, a TLD foi desclassificada por não apresentar a documentação supracitada. Ato contínuo, o objeto foi arrematado para a Digi por R\$ 30.320.000,00. Dois dias depois, a empresa TLD entrou com a representação perante o TCU (peças 1, pp. 1-12, e 35, p. 28).*

6. *Mediante Despacho de 12/3/2018, o Relator do processo determinou a suspensão cautelar do certame, além de autorizar a realização das oitivas do BB e da Digi (peça 9). Em 14/3/2018, foi emitido o Acórdão 519/2018-TCU-Plenário, que referendou a medida adotada pelo Relator (peça 13).*

7. *Neste mesmo dia, o BB declarou suspenso o PE 2017/04616, em atendimento ao comando emitido por este Tribunal (peça 35, p. 30).*



8. Em instrução de 20/4/2018, após o exame das manifestações emitidas pelo BB e pela Digi, foi proposta a anulação do certame, dentre outras medidas. A Secretaria de Controle Externo no Estado de São Paulo (Secex-SP) se manifestou em 23/4/2018 a favor da proposta (peças 22-24).

9. Por meio de Despacho de 26/4/2018, o Relator remeteu o processo para manifestação do Ministério Público do TCU (MP/TCU), que emitiu seu parecer em 24/5/2018, convergente com a proposta formulada pela Secex/SP (peças 25 e 32).

EXAME TÉCNICO

10. Esta instrução se destina a examinar todos os elementos contidos nos autos, inclusive a última manifestação da empresa Digi (peça 31), com o objetivo de emitir parecer sobre a matéria, em cumprimento ao comando emitido pelo Excelentíssimo Senhor Relator do processo por intermédio de Despacho de 19/6/2018 (peça 33).

11. Entende-se que devem ser reunidas, nesta instrução, todas as argumentações favoráveis e contrárias à questão em debate, para que se possa, a partir do confronto entre elas, avançar na resolução do problema, ou seja, se o PE 2017/04616 deve ou não ser anulado. Por isso, serão resumidos, a seguir, os argumentos de todos que se manifestaram nos autos.

Argumentos da representante

12. A representante afirma que foi vencedora do certame na etapa de lances, ocorrida em 8/1/2018, e que cumpriu todos os requisitos de habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira e qualificação técnica estabelecidos no item 8 do edital. Narra que inicialmente foi declarada habilitada, mas, em 16/2/2018, foi impedida de assinar o contrato por não apresentar as declarações de credenciamento de três fornecedores de **hardwares** e **softwares** que integram o sistema Cabb, conforme previsto no item 9.2 do edital (peça 1, pp. 1-4).

13. Ressalta que não há justificativas para a exigência das declarações, nem no edital nem no projeto básico. Argumenta que, para a prestação dos serviços constantes no edital, não é necessário credenciamento da empresa pelos fabricantes, mas que seus técnicos sejam certificados nas tecnologias envolvidas na solução, requisito que afirma cumprir (peça 1, pp. 3-4).

14. Informa que o objeto da licitação consiste na continuidade dos serviços do PE 15907/2013(7419), o qual foi matéria de representação sua perante o TCU (TC 001.418/2014-9), julgada procedente. Acrescenta que foi a primeira colocada na disputa, mas foi inabilitada por não apresentar a declaração do fabricante solicitada à época (peça 1, p. 4).

15. Narra que o Tribunal, por meio do Acórdão 1.737/2016–Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, considerou irregular a exigência de credenciamento junto a fabricante para habilitação técnica de licitantes. Assim, infere que foi indevidamente desclassificada por ocasião do pregão retro mencionado e que o Banco contratou outra empresa por um preço maior (peça 1, p. 5).

16. Lembra que a exigência de credenciamento junto a fabricantes, conforme consta no pregão em comento, constitui desobediência à determinação contida no acórdão supracitado. Para a representante, o BB incluiu, sem justificativas, a exigência no edital, o que foi determinante para a desclassificação da representante, com a consequente declaração de outra empresa como vencedora, cujo preço é aproximadamente R\$ 12 milhões superior ao seu (peça 1, p. 6).

17. Acredita que, ao exigir o credenciamento, o BB deixa a escolha do licitante vencedor a cargo das fabricantes Audiocodes, Genesys e Verint, pois permite elas decidam para quem dar a declaração de credenciamento. Garante que, dessa forma, essas fabricantes passam a determinar, de forma abusiva, os preços dos insumos, configurando uma verdadeira formação de cartel para eliminar a concorrência, em desacordo com a Constituição Federal (CF), art. 173, § 4º (peça 1, p. 6).

18. Afirma que poucas empresas têm condições de participar do certame em virtude da exigência de declaração das três fabricantes o que inviabiliza a competição. Informa que entrou em contato com os fabricantes para firmar contrato de parceria com o objetivo de obter as declarações, mas não obteve retorno de nenhuma das três. Para a TLD, várias empresas especialistas de mercado sequer participaram da disputa, pois sabiam que era dirigido aos 'escolhidos das fabricantes'. (peça 1, p. 7).



19. Frisa que, mesmo que firmasse o contrato de parceria, o fabricante não está obrigado legalmente a emitir declarações para uso em licitações públicas. Assegura que atua há 30 anos no mercado de suporte a centrais de atendimento de alta criticidade, conforme demonstrado nos atestados anexados aos autos, e que, inclusive, já prestou serviços ao BB com qualidade. Traz exemplos de empresas de referência desse mercado, como a Seal, a Wittel e a Interaxa, que não participaram do certame devido à restrição a competitividade (peça 1, pp. 7-8).

20. Imputa de arbitrária a decisão da pregoeira que culminou em sua desclassificação e entende que não pode continuar o procedimento licitatório em função da falha de redação do edital. Por fim, requer do Tribunal que seja conhecida a representação, bem como deferida a concessão de cautelar **inaudita altera pars**, além de determinada a manutenção de sua habilitação (peça 1, pp. 10-12).

Argumentos do BB

21. O BB se manifestou duas vezes nos autos: a primeira, em 27/3/2018, em função de oitiva promovida pelo TCU (peça 19); a segunda, em 17/7/2018, por ocasião de reunião realizada por iniciativa da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) com os gestores envolvidos na contratação (peça 35, pp. 10-27).

Resposta à oitiva (peça 19)

22. De início, o Banco argumenta que o PE 2013/15907, objeto do Acórdão 1.737/2016-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, foi realizado sob a égide da Lei 8.666/1993, enquanto que o PE 2017/04616 foi processado sob a Lei 13.303/2016. Pondera que essa alteração legal torna diferentes as duas formas de contratação (peça 19, pp. 2-3).

23. Explica que adota a segregação de funções como medida relativa às contratações, ou seja, faz uso da especialização das áreas técnicas para tratar do processo de contratação de forma sincronizada. Apresenta as áreas envolvidas, conforme abaixo (peça 19, pp. 2-3):

a) Área demandante: é a gestora de bens materiais ou serviços, responsável por justificar a necessidade da contratação; por planejar e definir o objeto a ser contratado; por solicitar a demanda e autorizar sua execução; por autorizar a despesa ou encaminhar para decisão da instância competente quando o dispêndio estimado exceder sua alçada;

b) Área de compras e contratações: não possui alçada para autorizar despesa; responsável por realizar licitações, dispensas e inexigibilidades de licitação, visando obter o objeto (bem ou serviço) especificado e solicitado pela área demandante, mediante a formalização de contrato específico para a finalidade;

c) Área de administração de contratos: responsável pelo acompanhamento do fiel cumprimento das disposições contratuais, inclusive consultando a área demandante quanto ao cumprimento das condições pactuadas; e

d) Área de pagamentos: responsável por realizar os pagamentos desde que comprovada a entrega e aceite do bem, material ou serviço definido pela área demandante ou usuária.

24. Transcreve trecho de estudo técnico, o qual teria sido realizado em respeito ao comando emitido pelo TCU, ou seja, ao item 9.2.1 do Acórdão 1.737/2016-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro. Este item estatuiu a necessidade, no caso de exigência de credenciamento, de expressa justificativa no processo licitatório ou de prévio exame do impacto na restrição da competitividade do certame (peça 19, pp. 4-5).

25. A seguir, serão resumidas as informações contidas no trecho do estudo técnico transcrito pelo BB em sua resposta.

26. Inicialmente é apresentado um glossário de termos técnicos e, em seguida, um texto sobre a importância da solução Cabb. Informa-se que a Cabb se destina a 'fornecer serviço de atendimento telefônico especializado a todos clientes e usuários do Banco do Brasil, no país e no exterior', dentre os quais se destacam os serviços a seguir enumerados: transações bancárias para clientes, inclusive no exterior, atendimento de cartões de crédito e débito, serviço de atendimento ao consumidor (SAC), ouvidoria; e atendimento centralizado das ligações de 1.200 agências (peça 19, pp. 4-6).

27. De acordo com o estudo, o volume de chamadas e de negócios realizados pela Cabb demonstram a importância do canal de atendimento telefônico para o Banco. Informa-se que, em 2017, por exemplo, houve mais de 198 milhões de chamadas receptivas (quando o cliente liga para o Banco) e cerca de 8 milhões de chamadas ativas (quando o Banco liga para o cliente) (peça 19, p. 6).

28. Outros números apresentados no estudo: renegociação de R\$ 3 bilhões em dívidas, captação de R\$ 2,3 bilhões em investimentos e celebração de contratos no valor de R\$ 759 milhões em empréstimos (pessoa física e jurídica). Além disso, a Cabb seria responsável pelo atendimento telefônico centralizado de 1.194 agências (peça 19, p. 6).

29. Alerta-se para a possibilidade de perdas financeiras superiores a R\$ 10 milhões em um dia de operação no caso de indisponibilidade com duração acima dos limites definidos nos níveis mínimos de serviço exigido (NMSE). Ressalta-se que, além das perdas financeiras, as indisponibilidades podem deixar sem atendimento cerca de 572 mil chamadas, computados os atendimentos eletrônicos e os realizados por atendentes (peça 19, p. 6).

30. Para o BB, mais de mil agências ficariam sem atendimento telefônico a clientes em caso de indisponibilidade da solução, além da possibilidade de multas a serem aplicadas por órgãos reguladores no Brasil e no exterior. Traz exemplo das operações no Japão, cujo órgão regulador tem poder de cassar a licença de funcionamento ante determinadas falhas (peça 19, pp. 6-7).

31. Segundo o estudo, a Cabb consiste em solução de infraestrutura tecnológica integrada, composta pelos seguintes componentes: sistema de telefonia, da fabricante Audiocodes; sistema de integração entre computador e telefone (**computer telephony integration** - CTI) e de discagem automática, da fabricante Genesys; e sistema de gravação, da fabricante Verint. Informa-se que a infraestrutura suporta 6.122 posições de atendimento (PA), 9.122 canais de gravação e 15.300 canais de unidades de resposta audível (URA), proporcionando o atendimento de aproximadamente 17 milhões de chamadas de clientes por mês (peça 19, p. 7).

32. Sustenta-se que todos os equipamentos e aplicativos relacionados com a Cabb possuem integração entre si e com os sistemas corporativos do Banco. Procura-se demonstrar a complexidade da infraestrutura tecnológica a partir do tempo gasto no desenvolvimento das integrações com os sistemas corporativos do Banco (cerca de 10.000 horas) e no desenvolvimento das integrações dos componentes das soluções de cada fabricante entre si. Afirma-se que 750 dias foram necessários até alcançar a estabilidade do ambiente e que, durante esse período, houve atuação conjunta das equipes técnicas do Banco, da integradora e das fabricantes (peça 19, p. 7).

33. De acordo com o estudo, essa tecnologia de **hardware** e **software** permite o acesso a todas as informações necessárias ao atendimento, tais como o histórico de relacionamento do cliente com o Banco, seu potencial de consumo e suas interações com outros canais de atendimento, além de todos os seus dados cadastrais, o que torna possível um tratamento diferenciado e de acordo com o segmento e perfil ao qual o cliente pertence (peça 19, p. 7).

34. Ressalta-se que as 'três principais fabricantes da solução Cabb (Genesys, Verint e Audiocodes) são empresas globais e, no Brasil, a comercialização de seus produtos e serviços é realizada por meio de canais de distribuição, denominados representantes ou distribuidores'. Conforme o estudo, são essas empresas as responsáveis por estabelecer relações comerciais com as fabricantes 'para suporte avançado, para correção de problemas e incompatibilidades, além de melhorias em seus produtos' (peça 19, p. 7).

35. Explica-se que os próprios fabricantes declaram que a prestação de serviços de manutenção e suporte para os seus produtos é realizada por empresas autorizadas e que a prestação dos serviços é dividida em níveis de especialização: os níveis um e dois (ou básico e intermediário) são executados por meio da rede de empresas autorizadas com a utilização de técnicos certificados pelo fabricante; os níveis avançados (3 e 4) se destinam à prestação de suporte especializado, executado por técnicos do próprio fabricante, sempre que acionados por um dos níveis anteriores (peça 19, pp. 7-8).

36. Segundo o estudo, é justamente nos níveis avançados que as fabricantes garantem o suporte para a realização de configurações avançadas, para a identificação e correção de falhas não

solucionadas pelos níveis anteriores e para o desenvolvimento de patches de melhoria e correção de produtos. Ressalta-se, em relação aos patches, que se trata de atividade exclusiva de cada fabricante, pois implica alteração dos códigos-fonte de seus produtos (peça 19, p. 8).

37. Relata-se que foram realizadas diligências junto aos fabricantes, os quais declararam que não se responsabilizam por atividades ou procedimentos realizados por parceiros não certificados; que não fornecem **software** nem atualizações para empresas não certificadas e registradas; e que não é possível para empresas sem certificação realizar abertura de chamados, seja por e-mails ou outras alternativas de comunicação (peça 19, p. 8).

38. Levanta-se a seguinte questão: 'diante deste cenário, como o Banco do Brasil poderia permitir ou contratar um serviço sem o respaldo formal de cada um dos fabricantes da solução de TI que atende a Central de Atendimento BB?'. Enfatiza-se que 'seria um atentado contra o zelo pela coisa pública admitir uma contratação inexequível do ponto de vista técnico, diante da possibilidade da ocorrência de eventos que venham a causar indisponibilidade na solução e necessitem de qualquer tipo de intervenção dos fabricantes' (peça 19, p. 8).

39. Compara-se a contratação em análise com a manutenção de aeronaves, serviço que requer o credenciamento do prestador pelo fabricante para possibilitar acesso a avaliação de partes complexas e a correção nos **softwares** de controle e segurança de voo. Informa-se que, no caso específico do BB, os acionamentos são realizados quando o prestador de serviços dos níveis 1 e 2 identifica a necessidade de envolvimento das equipes de engenharia e desenvolvimento de produtos, seja para a realização de configurações avançadas, seja para identificação de falhas ou aplicação de correções (peça 19, pp. 8-9).

40. Explica-se que estas equipes, quando acionadas, atuam juntamente com o prestador de serviço de suporte para realização de configurações avançadas, para o desenvolvimento de patches e para a identificação e correção de falhas graves que impactam o atendimento. Segundo o estudo, esse tipo de atividade requer um conhecimento profundo dos produtos fornecidos, do código fonte de cada fabricante e das integrações, dentre as quais, algumas desenvolvidas especificamente para o Banco (peça 19, p. 9).

41. Um contrato de compra firmado com a empresa 'Digi Soluções de Comunicações Ltda – EPP' é apresentado como exemplo da complexidade da situação: durante a vigência da garantia técnica contratada, foram necessários 1.179 chamados junto ao integrador, dos quais 271 exigiram o suporte dos fabricantes, além de dez patches corretivos. A atual licitação, segundo o estudo, se destina a manter a ferramenta descrita nesse contrato (peça 19, pp. 9-10).

42. Relata-se que, certa ocasião, foi necessária a vinda ao Brasil de um especialista de um dos fabricantes com sede em Israel, para coleta de dados e geração de firmware visando a correção da classificação de chamadas nos equipamentos de discagem automática. Informa-se que, na ausência de vínculo entre o prestador de serviços e os fabricantes, o Banco ficaria sem atendimento em cerca de 22% das solicitações com graves impactos e prejuízos de grande monta. O quadro abaixo detalha os chamados de manutenção por fabricante do contrato precitado (peça 19, pp. 10-11):

Chamados por fabricante

Fabricante	Chamados - total	Chamados - fabricante		Patches gerados	Exemplo
Genesis	554	51	,21	3	Intervenção do fabricante para instalar release de melhoria e ajustes em um componente denominado 'SIP Server', que é o responsável pelo direcionamento correto das chamadas recebidas na Central de Atendimento.

t	Verin	525	122	3,24	4	Um dos patches, instalado em 19/10/2016, corrigiu falha no sistema. Foi instalado um patche ou pacote denominado HFR9. Os pacotes HFR são atualizações do fabricante para correção de problemas detectados.
	Audiocodes	100	64	4,00	3	Correção de firmware pelo fabricante para ajustar informações que permitissem classificar e buscar (indexar) gravações realizadas no atendimento de agências
		1.179	237	0,10		

43. Segundo o estudo, não há fundamento na argumentação da representante de que o objeto da licitação consiste na continuidade dos serviços do pregão 15907/2013 (7419), do qual adveio o Acórdão 1.737/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, contrário à exigência de credenciamento. Afirma que são objetos completamente distintos, conforme abaixo transcrito (peça 19, p. 11-12):

a) O contrato com a empresa 3Corp para prestação de serviços de manutenção, número 2013/7419-3581, resultante do pregão 15907/2013 (7419), foi encerrado antecipadamente em 29/08/2016, após a conclusão da modernização (descrito no item b) e não houve renovação do mesmo;

b) em 2013 o Banco realizou o pregão 2013/14981 (7419) para a aquisição de modernização e ampliação da plataforma tecnológica que suporta o canal Cabb, resultando no contrato de compra 2013/7419-2943, firmado com a Digi Soluções de Comunicações Ltda.;

c) a compra para modernização resultou na modificação da arquitetura da solução e na substituição de todos os componentes de **hardware** e **software** que constavam do objeto do pregão de serviços de manutenção 15907/2013 (7419);

d) o objeto do pregão para prestação de serviços de manutenção 2017/04616 (7421) refere-se aos equipamentos adquiridos no contrato 2013/7419-2943;

44. Informa-se que, durante a fase prévia ao certame licitatório, foi realizado estudo técnico preliminar sobre a necessidade da contratação dos serviços. Encontram-se resumidos abaixo os cenários possíveis para dar continuidade à manutenção e suporte da Cabb, devido ao término das garantias contrato de aquisição 2013/7419-2943, contidos no precitado estudo (peça 19, p. 12-14):

Cenários possíveis de suporte à Cabb

Cenário	Descrição	Vantagens / Desvantagens
1. Não contratação de manutenção e suporte técnico	Necessidade de processo de contratação avulsa denominada "per call", para resolver cada problema. A complexidade da Cabb e a quantidade de atendimento tornam este cenário inadequado	i. O banco ficaria sujeito a paralisações parciais ou totais da solução
		ii. Impossibilidade de exigir tempo de recuperação operacional da contratada
		iii. Impossibilidade de garantir o cumprimento do Acordo de Nível de Serviço (ANS) interno com as áreas negociais do Banco
		iv. Perda de negócios
		v. Sanções impostas por órgãos reguladores no Brasil e exterior
2. Contração	Contratação a ser	i. Preserva os serviços de atendimento humano

de manutenção e suporte técnico com remanejamento	viabilizada pela licitação em análise	ii. Preserva as integrações desenvolvidas para a comunicação com os sistemas corporativos e com a solução de URA
		iii. Preserva o tempo investido na estabilização da solução
		iv. Preserva o conhecimento acumulado no suporte
3. Aquisição de nova solução	Contratação a ser viabilizada por outra licitação	i. Não preserva os investimentos já feitos na modernização e ampliação da Solução de Cabb

45. Relata-se que, em atenção à determinação do TCU, quanto ao prévio exame do impacto da exigência na restrição de competitividade do certame, foi realizado, entre 25/5/2017 a 9/6/2017, um processo de **Request for Proposal** (solicitação de proposta ou RFP), ocasião em que o Banco deu publicidade aos requisitos técnicos necessários para a prestação dos serviços, possibilitando, aos interessados, amplo conhecimento do objeto a ser licitado (peça 19, p. 14).

46. Conforme o estudo transcrito pelo BB em sua resposta à oitiva, os requisitos destacados no processo de RFP justificam a necessidade de vínculo mínimo entre o vencedor do certame e as fabricantes da solução. Argumenta-se que as atividades desenvolvidas não são passíveis de execução por empresa não credenciada, pois não podem garantir a realização de correções e a atualização de versões de **hardware** e de **software** durante o período de vigência contratual (peça 19, p. 14).

47. Assevera-se que, na RFP, quatro empresas enviaram propostas, o que é evidência de que não havia cerceamento da concorrência, nem exclusividade para parceiros de cada fabricante. Informa-se que todas as fabricantes possuíam número razoável de empresas parceiras certificadas, o que indicava potencial de competitividade no certame. Relata-se que elas declararam não restringir o acesso de novos parceiros desde que se submetessem ao processo de autorização (peça 19, p. 14).

48. De acordo com o estudo, para aumentar a possibilidade de disputa no certame, incluiu-se, no edital, item para permitir a subcontratação parcial do objeto do certame, desde que feita diretamente com os fabricantes. Por fim, conclui-se que as justificativas técnicas demonstraram a necessidade da exigência das declarações, pois são imprescindíveis para o cumprimento do objeto contratual, e que não há restrição de competitividade no certame, pois várias empresas podem realizar os serviços nas condições exigidas (peça 19, pp. 14-15).

49. Após a transcrição do estudo técnico resumido nos parágrafos anteriores, o BB tece as seguintes considerações finais: caso a licitação não se concretize, a prestação de serviços bancários a 66 milhões de clientes restará comprometida; além dos clientes brasileiros, atendidos por mais de cinco mil agências, o Banco está presente em outros vinte e três países; em decorrência de sua atuação internacional, deve atender às particularidades internacionais; e não houve desobediência a qualquer comando do TCU, pois o Banco cumpriu, estritamente, o item 9.2.1 do Acórdão 1.737/2016–Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro (peça 19, p. 15-16).

Informações complementares

50. Em 17/7/2018, por iniciativa da Sefti, foi promovida reunião entre os auditores desta unidade técnica e os gestores do BB. Com o conhecimento dos presentes, a reunião foi gravada e encontra-se arquivada nos computadores do TCU como papel de trabalho.

51. Por meio de **email** (peça 35, p. 2), foram solicitadas informações complementares relativas ao presente processo. O Banco respondeu em 19/7/2018, com o envio das informações requeridas (peças 35-38). Registre-se que as informações recebidas foram incluídas no sistema processual do TCU com o atributo de sigilosas, conforme solicitado no precatado **email**. Os aspectos novos da manifestação do BB serão resumidos a seguir.

52. Reitera informação de que o Acórdão 1.737/2016–Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, foi proferido em atenção ao PE 2013/15907, cujo objeto não guarda relação com o

objeto da presente licitação. Reafirma o caráter fundamental e imprescindível da exigência contida no item 9.2.1 do edital do PE 2017/04616 para o perfeito funcionamento da Cabb, solução de vital importância para os negócios do Banco e para a manutenção do seu relacionamento com seus clientes. Apresenta texto de estudo técnico já transcrito em resposta anterior (peça 35, pp. 11-14).

53. Explica que somente as fabricantes podem ofertar os serviços de suporte avançado dos níveis 3 ou 4, que se destinam a realização de configurações avançadas, dentre outras atividades. De acordo com o Banco, a ausência de relacionamento direto com elas inviabiliza a obtenção de patches pelo Banco, o que tornará a Cabb obsoleta e, em várias situações, inoperante, com a consequente exposição do Banco a riscos econômicos, operacionais e de imagem (peça 35, pp. 14-15).

54. Registra que a suspensão do pregão não levou em consideração a importância da Cabb para a continuidade dos serviços prestados pelo Banco e 'nem a dependência do relacionamento deste Banco com as empresas fabricantes de componentes para a manutenção da Cabb'. Transcreve texto de estudo do Banco sobre o assunto, idêntico ao da resposta anterior (peça 35, pp. 15-17).

55. Para o Banco, a ausência de vínculo entre o prestador de serviços e as fabricantes implicaria a ausência de atendimento de cerca de 22% de solicitações de manutenção, acarretando prejuízos incalculáveis. Defende que se trata de serviço de 'alta complexidade, cuja prestação é inviabilizada pela ausência de intervenção dos fabricantes' (peça 35, p. 18).

56. Considera que a exigência não representa obstrução à ampla concorrência ou direcionamento a determinadas empresas do mercado, pois não significa credenciamento simultâneo junto às três fabricantes, como quer erroneamente fazer crer a representante. Aduz que resta demonstrado que não foi esse o intuito do Banco, pois o que se exigiu foi uma 'declaração da empresa vencedora de autorização para efetuar configurações, atualizações, reposição de peças e suporte especializado nas soluções ou componentes' (peça 35, p. 18).

57. Ressalta que, para ampliar o número de empresas participantes do certame e em condições de atender os requisitos do edital, permitiu-se a subcontratação parcial das fabricantes pela vencedora do certame, o que, com a ampliação da disputa de preços, resultaria em maior economicidade na contratação. Para o BB, a TLD poderia ter se credenciado junto a uma ou duas fabricantes e subcontratado a prestação dos serviços restantes, mas preferiu não apresentar declaração nenhuma, mesmo tendo conhecimento anterior de que elas seriam necessárias (peça 35, pp. 18-19).

58. Menciona que não existe óbice, por parte das fabricantes, ao credenciamento de novos parceiros comerciais, 'conforme demonstrado nas declarações anexas, fornecidas pelas empresas ao Banco, sob condição de sigilo'. Relata que, antes da publicação do edital, procurou certificar-se quanto à 'inexistência de exclusividade para formação de parcerias por parte das fabricantes', o que seria evidência da busca por ampliação da concorrência, em contraposição ao sustentado pela representante (peças 35, p. 19, e 38, pp. 209-215).

59. Lembra que foi realizado processo de RFP, onde se tornaram públicos os requisitos técnicos necessários para a prestação dos serviços, com o objetivo de dar amplo conhecimento ao mercado do objeto licitado. Para o Banco, o fato de quatro empresas terem participado do processo demonstra a ausência de cerceamento da concorrência, pois, ao contrário, essa participação indicava que haveria ampla disputa na sessão. Entende que o pouco interesse do mercado na participação do certame se deve à complexidade do serviço prestado, mas não representa cerceamento da concorrência (peças 35, p. 19).

60. Relata que, após o processo RFP, ficou claro ao Banco do Brasil que nenhum dos fabricantes possuía exclusividade com prestador de serviço, o que justificava o lançamento da licitação eletrônica e não, de uma contratação direta; que cada um dos fabricantes possuía mais de dez parceiros; e que existia um número de parceiros comuns aos três fabricantes em quantidade suficiente para disputa (peça 35, p. 19).

61. Em atenção ao TCU, o Banco traz as informações abaixo resumidas, complementares daquelas já repassadas anteriormente.

62. O BB explica que a arquitetura da Cabb é composta por três ambientes distintos: datacenter (DC), site e posição de atendimento (PA), conforme abaixo (peça 35, p. 20):

a) DC Cabb: responsável pela administração, licenciamento, configuração, indexação das gravações, processo de roteamento das chamadas e relatórios online e históricos;

b) **site** Cabb: responsável pelo atendimento propriamente dito, contemplando os elementos de interface com as operadoras de telefonia, com as URA, com gravadores e com elementos CTI para o tratamento das interações; e

c) PA: apesar de vinculadas logicamente ao site Cabb, as PA não fazem parte do mesmo e podem estar instaladas fisicamente em qualquer localidade, em ambiente próprio do Banco ou de terceiros.

63. Salienta que os fabricantes dos componentes da solução Cabb são reconhecidos pelo Gartner Group como referência mundial no segmento de **Contact Center** e que as quatro maiores instituições financeiras do país (BB, Santander, Bradesco e Itaú) possuem centrais de atendimento equipadas com soluções Genesys, adaptadas para as necessidades de negócio de cada instituição. Quanto aos estudos técnicos da contratação, incluindo cenários e metodologia de validação da pesquisa de preços, informa que constam do 'estudo técnico preliminar da contratação' (peça 35, pp. 21-23).

64. Relata que foram analisadas várias possibilidades de contratação, mas a contratação de empresa em conformidade com as condições do edital foi considerada a melhor opção. Esclarece que foram analisados e avaliados três cenários possíveis para dar continuidade à manutenção e suporte da solução Cabb, conforme consta de estudo técnico já reproduzido em resposta anterior. Informa que anexou avaliação prévia do modelo de contratação ao estudo (peças 35, pp. 23-24, e 38, p. 208).

65. Assegura que a estimativa de preços foi elaborada criteriosamente, buscando o menor desembolso possível diante das exigências técnicas necessárias à adequada prestação de serviços, e que os cálculos foram detalhados na Nota Técnica 2017/00315, itens 6.14 a 6.16, cuja cópia também foi encaminhada ao TCU (peças 35, p. 25, e 36, pp. 118-124).

66. Detalha que para manutenção de soluções de **softwares**, é aceitável um percentual entre 18% e 22% ao ano em relação ao valor da aquisição, conforme estudo do Gartner Group anexado aos autos. Para o Banco, restou evidenciado, no estudo técnico preliminar e na nota técnica, que a estimativa final de desembolso foi fixada em percentual inferior ao praticado pelo mercado para serviços similares, pois ficou em 12,06% do valor investido corrigido. Ressalta que, no certame, o percentual anual atingiu 11,32%, o que eliminaria o risco de sobrepreço apontado na avaliação prévia do modelo de contratação (peças 35, p. 25, e 38, pp. 216-220).

67. Quanto à solicitação de encaminhamento do edital do pregão vencido pela Digi para fornecimento de licenças, bem como de outros contratos vigentes com a referida empresa, informa que somente o primeiro documento foi objeto de discussão na reunião realizada com os auditores do Tribunal, mas que encaminhou todos os documentos solicitados. Ressalta que as contratações anteriores não guardam relação com a contratação em foco, motivo pelo qual entende que a solicitação complementar é questionável (peças 35, p. 25).

68. Destaca que estas contratações foram objeto de disputas abertas à participação do mercado e que ocorreu 'grande embate entre empresas concorrentes para o arremate do objeto dos certames', conforme comprovariam os relatórios públicos da disputa. Esclarece que foram realizadas por processo de inexigibilidade de licitação a contratação da manutenção de URA e dos serviços de remanejamento da infraestrutura de TI do site Cabb do Rio de Janeiro para Brasília. Segundo o Banco, a assinatura dos demais contratos com Digi decorreram de pregões (peças 35, p. 26).

69. Enumera os seguintes contratos com a empresa Digi, enviados em anexo (peças 35, p. 26):

a) 2015/74213716 – registro de preço para fornecimento de solução de telefonia IP no valor de R\$18.041.600,00 (peça 35, pp. 31-124)

b) 2015/74213717 - registro de preço para fornecimento de três soluções de telefonia IP no valor de R\$8.900.800,00 (peças 35, pp. 125-169, e 36, pp. 1-47);



c) 2016/74218140 – registro de preço para fornecimento de solução de 40 sistemas de telefonia IP no valor de R\$ 12.470.000,000 (peça 36, p. 53-105);

d) 2017/74217875 – contrato de serviços de remanejamento sites Cabb para DF no valor de R\$ 2.798.774,00 (peças 36, p. 132-143, e 37, pp. 1-33);

e) 2017/74219088 – contrato de serviços de manutenção de URA no valor de R\$ 5.375.969,68 (peça 37, pp. 34-74).

70. Acredita que atendeu todas as solicitações complementares feitas pelo TCU e reafirma a necessidade de cumprimento da exigência em foco para assinatura do contrato, essencial para o alcance do principal objetivo desta empresa pública, que é a prestação de serviços bancários aos seus clientes. Por fim, solicita o fim da suspensão cautelar do certame e seu prosseguimento (peça 35, pp. 26-27).

Argumentos da Secex-SP

71. Em relação à argumentação do BB sobre sua utilização da segregação de funções para os procedimentos de compras, a Secex-SP lembra que tal configuração é esperada em uma instituição do porte do BB e que a área de compras deveria alertar a área técnica quanto a possíveis afrontas à legislação em face dos requisitos exigidos. Destaca que não há, no entanto, evidência nos autos de que houve esse alerta acerca da exigência em análise. Conclui que, de todo modo, a segregação de funções não justifica a adoção de critérios restritivos de competitividade (peça 22, p. 3).

72. Sobre a questão da vigência da Lei 13.303/2016, pondera que sua superveniência não apaga a jurisprudência do Tribunal até então baseada na Lei 8.666/1993. Para a Secretaria, a Lei 13.303/2016 trouxe inovações, principalmente quanto a modalidades, tipos e regimes de contratação, mas as duas leis devem guardar harmonia com os princípios do art. 37, caput, e inc. XXI da CF de 1988 (peça 22, p. 4).

73. Explica que os artigos 31 e 58, inc. II, da Lei 13.303/2016 são equivalentes aos artigos 3º e 30 da Lei 8.666/1993, sobre os quais se assenta a jurisprudência do TCU quanto à irregularidade de se incluir, nos editais, cláusulas que restrinjam o caráter competitivo das licitações. De acordo com a Secretaria, tal semelhança demonstra não haver mudança na jurisprudência do Tribunal em função da nova legislação de licitações aplicável às empresas estatais. Assim, conforme argumenta, a determinação contida no Acórdão 1.737/2016 – Plenário continuaria valendo para o BB em relação aos processos licitatórios baseados na Lei 13.303/2016 (peça 22, p. 4).

74. A Secex-SP salienta que a ‘importância do canal de atendimento telefônico para o Banco do Brasil é indiscutível’, mas que a ‘importância em si do sistema não justifica restrição da competitividade ou direcionamento da licitação’. Sustenta que, ‘embora o sistema integrado pareça complexo, a plataforma física da Caab é relativamente simples’, formada basicamente por servidores para o processamento, **storages** para o armazenamento e **gateways** do tipo **voice over internet protocol** (voz sobre IP ou Voip) para a central telefônica (peça 22, p. 5 e 8).

75. De acordo com a unidade técnica do TCU, ‘sobre essa plataforma física rodam os programas do sistema, por meio de diversas licenças de **software**, incluindo Microsoft Open, Oracle Enterprise, Genesys e Verint’. Transcreve o trecho abaixo do projeto básico em foco (peça 22, p. 8):

2.1.1 A Central de Atendimento do Banco do Brasil (Cabb) é composta atualmente por dois **datacenters** (DC) localizados em São Paulo (SP) e Rio de Janeiro (RJ) e por três **sites** principais, localizados em São José dos Pinhais (PR), São Paulo (SP) e Rio de Janeiro (RJ) e um ambiente de laboratório localizado em Brasília (DF).

2.1.2 A Cabb possui os recursos de uma plataforma de Central de Atendimento com **gateway** de Telefonia Audiocodes, Sistema de Discagem Automática e CTI Genesys (atualmente na versão 8.1), Sistema de Gravação Verint (atualmente na versão 11.1), Unidades de Resposta Audível (URA) Digivox e Sistema de WFM (**Workforce Management**) Total View (atualmente na versão 3.12) e interface de atendimento desenvolvida pelo Banco, todos funcionando de forma integrada.

2.1.3 Os 3 (três) **sites** trocam dados com o sistema transacional do Banco, através da rede corporativa. O Centro de Processamento do Banco localiza-se em Brasília (DF). (...)

2.2.9 Nesta especificação técnica não está incluída a prestação de serviços para a solução de URA, pois esta será contemplada em outro contrato. (...)

2.3.35 Os serviços de manutenção e suporte deverão ser prestados por técnicos devidamente habilitados e credenciados e estarão sujeitos às políticas de Segurança do Banco. (...)

2.4.13 Todo o processo de validação do ambiente, instalação, configuração e parametrização, inclusive a validação das bases de dados Genesys e Verint, serão de responsabilidade do proponente e deverão ser executados por profissionais de serviços certificados pelos fabricantes no novo ambiente do site SP. (...)

76. Destaca que a expressão ‘fabricante’ utilizada pelo Banco se refere tanto a fabricantes de equipamentos ou **hardware**, quanto aos desenvolvedores dos programas, denominados fabricantes de **software**. Esclarece que, no caso das fabricantes mencionadas, a Audicodes é fabricante do **hardware** ou **gateway** da central telefônica e as empresas Genesys e Verint são fabricantes dos **softwares** de telefonia e de gravação, respectivamente (peça 22, p. 8).

77. Traz os seguintes esclarecimentos do BB acerca da solução Cabb: os três principais fabricantes são as empresas globais Genesys, Verint e Audiocodes; no Brasil, a comercialização de seus produtos e serviços é realizada por meio de canais de distribuição, denominados representantes ou distribuidores; são essas empresas que estabelecem relações comerciais com os fabricantes para suporte avançado, para correção de problemas e incompatibilidades e para melhorias em seus produtos (peça 22, p. 8):

78. De acordo com a Secretaria, a partir do projeto básico é possível perceber que cada site Cabb é constituído basicamente pelos seguintes equipamentos: servidores, **switches** e **storages** da marca Dell, **switches** e **load balances** da Cisco, e gateways (central telefônica) da Audiocodes. Explica que, quanto aos equipamentos, é exigido credenciamento da Audiocodes, fornecedor do **gateway** de telefonia, sem demonstração de se tratar da parcela mais relevante ou de maior criticidade do sistema (peças 2, pp. 3-10 e 22, pp. 8-9).

79. Quanto ao **software**, esclarece que um credenciamento se refere à Genesys, fornecedora das licenças de **software** de telefonia, e o outro, à Verint fornecedora das licenças de **software** de gravação. Ressalta que não restou demonstrado de forma cabal e documentada a imprescindibilidade da exigência (peças 2, pp. 3-10 e 22, p. 9).

80. A Secex-SP traz as argumentações abaixo enumeradas para defender seu ponto de vista, isto é, de que o certame padece de vício insanável e deve ser anulado (peça 22, p. 9):

a) como o pregão se destina à terceirização de serviços técnicos especializados para manutenção do sistema Cabb, suponha que o BB, em vez de terceirizar os serviços, usasse seus próprios técnicos de tecnologia da informação (TI), devidamente certificados nos produtos desses fabricantes, para realizar os serviços. Tendo em vista que o Banco não é empresa credenciada ou representante desses fabricantes, mas apenas cliente, não poderia ter acesso aos serviços de suporte dos fabricantes, diretamente ou por meio de seus representantes? Não parece razoável;

b) O BB nada diz quanto à possibilidade de tais serviços serem realizados por consultores independentes certificados nos produtos das três fabricantes;

c) O BB não aborda a possibilidade de os serviços dos níveis básico e intermediário serem executados por técnicos certificados de empresas não autorizadas ou da própria estrutura de TI do Banco, enquanto que os níveis avançados ficariam com a empresas autorizadas;

d) o BB não esclarece por qual motivo, tendo adquirido as licenças de uso dos **softwares** dos fabricantes, não teria acesso direto às atualizações e correções referentes aos níveis avançado, o qual é um serviço de suporte prestado por especialistas do próprio fabricante;

e) não houve documentação do resultado das diligências feitas pelo Banco quanto ao teor, abrangência e natureza das restrições impostas pelos fabricantes; e

f) não restou cabalmente comprovada e documentada a suposta inexequibilidade da contratação escoimada das restrições impostas no edital.



81. Sustenta que o pregão em foco, ao contrário do que relata o Banco do Brasil, tem objeto de mesma natureza do PE 2013/15907, tratado no TC 001.418.2014-9. Nesse processo, foi emitido o Acórdão 1.737/2016 – Plenário, no qual consta o comando para o Banco evitar a inclusão de exigências relativas a credenciamento. Por se tratar de formas de contratação diferentes, regidas por leis diferentes, tal comando não se aplicaria ao presente caso, além do que os objetos seriam distintos (peça 22, p. 10).

82. Para a Secretaria, nas duas licitações, o objeto é o mesmo: prestação de serviços de manutenção nos sistemas da Cabb; com a diferença na condição de habilitação, já que, na plataforma anterior, exigia-se credenciamento junto à Alcatel-Lucent, fabricante do gateway de telefonia, à Genesys e à Verint; nesta, exige-se credenciamento da Genesys, Verint e Audiocodes, esta última, fabricante do novo **gateway** de telefonia, cujas licenças foram fornecidas pela empresa Digi, em contrato resultante do PE 2013/14981 (peça 22, p. 10).

83. Quanto ao estudo técnico realizado pelo BB, relata que ele não está evidenciado, pois, embora mencionado, nem ele nem o RFP constam nos autos. Aduz que não se demonstrou também a existência das quatro empresas que teriam credenciamento das três fabricantes (peça 22, p. 11).

84. A Secex-SP narra que consultou a página da Audiocodes na internet e verificou que havia sete empresas parceiras no Brasil, sendo três distribuidoras e quatro integradoras e que a 'Digi Soluções de Comunicações Ltda. aparece como uma das integradoras (Digivox)' (peça 22, pp. 11-12).

85. Acrescenta que, na pesquisa, não constam TLD e BR Voice, empresas que disputaram na etapa de lances juntamente com a Digi. Conclui que, qualquer que fosse o resultado na etapa de lance, a arrematante do pregão seria a Digi, pois as duas outras empresas não atenderiam à exigência impugnada (peça 22, pp. 11-12).

86. Quanto ao aumento na possibilidade de disputa no certame por meio de dispositivo incluso no edital que permite a subcontratação dos fabricantes, a Secretaria entende que não faz sentido, pois, embora podendo subcontratar as fabricantes, continua a exigência de credenciamento dos licitantes. Para a Secex-SP, tal dispositivo somente faria sentido para efeito de aumento da competitividade se a subcontratação pudesse ser alternativa ao credenciamento (peça 22, p. 12).

87. A Secex-SP lembra que, no projeto básico, menciona-se a necessidade de os serviços serem executados por técnicos certificados pelos fabricantes, como nos itens 2.3.35 e 2.4.13. Entende que, ao exigir, como condição de habilitação, o credenciamento simultâneo junto a três fabricantes 'o Banco do Brasil direcionou, na prática, a licitação do contrato de manutenção à empresa que forneceu, como autorizada dos fabricantes, os equipamentos e **softwares** do objeto licitado' (peça 22, p. 13).

88. Apresenta jurisprudência do TCU sobre o assunto, no sentido de que, em regra, a Administração Pública não pode demandar declaração de fabricante, carta de solidariedade ou credenciamento como condição de habilitação do licitante, pois esse tipo de exigência pode conferir ao fabricante o poder de decidir quais fornecedores poderiam participar do certame. Recorda que o próprio BB foi alvo de comando desse tipo, mediante Acórdão 1.737/2016–Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro (peça 22, pp. 14-15).

89. Com base em Nota Técnica 3/2009, da Sefti, aponta as razões abaixo enumeradas para demonstrar que a exigência do credenciamento não é garantia de que a contratada irá executar os serviços de forma satisfatória (peça 22, pp. 16-16):

- a) não há critério técnico objetivo para o credenciamento e, dessa forma, o fato de uma empresa ser credenciada não garante que ela prestará um serviço de melhor qualidade;
- b) o credenciamento ou não de uma empresa é medida discricionária do fabricante;
- c) não há como se garantir que o contratado vá permanecer credenciado durante todo o contrato;

d) não há relação direta e demonstrável entre credenciamento pelo fabricante e capacidade técnica das licitantes, nem entre fornecedor não credenciado e serviço insatisfatório;



e) com base em amostra não estatística, a Sefti constatou a falta de critério e de transparência, o que aponta para o risco de os fabricantes repartirem entre si as compras públicas, a partir de uma única indicação para cada certame; e

f) no caso dos programas de credenciamento que envolvem custos para o credenciado, esses custos acabam sendo repassados para os preços das propostas.

90. Ainda com base na nota técnica da Sefti, ressalta que existem alternativas legais ao credenciamento que o gestor público pode utilizar com vistas a assegurar a regular execução do objeto contratado, tais como a exigência de capital social mínimo e de atestados de capacitação técnica. Destaca que, para cada fim visado pela exigência do credenciamento, seria possível o uso de outros mecanismos legais para diminuir os riscos de inexecução contratual sem restringir indevidamente a competitividade do certame ou ferir a isonomia entre os interessados (peça 22, p. 16).

91. Registra que a licitação examinada na presente representação possui valor materialmente relevante e que há muitas empresas no mercado de soluções de TI, mas houve apenas três participantes. Segundo a Secretaria, tudo leva a crer que apenas a Digi estaria em condições de cumprir os requisitos do edital, sinalizando possível direcionamento a ela do contrato de manutenção (peça 22, p. 17).

92. Questiona os preços praticados na licitação, pois o Banco não revelou o orçamento prévio e a proposta inicialmente vencedora seria 40% menor que a da segunda colocada, numa diferença de aproximadamente doze milhões de reais. Registra que o assunto não foi abordado na resposta do Banco, além de outros que restaram não esclarecidos, como, por exemplo, se a exclusividade junto a empresas autorizadas é adotada como padrão nas contratações realizadas por outros bancos e empresas de grande porte com sistemas semelhantes ao analisado (peça 22, p. 17).

93. Relata que, no processo TC 001.418.2014-9, no qual se examinou o pregão 15907/2013 (7419), o contrato para manutenção da Cabb, orçado pelo BB em R\$ 9,3 milhões para o período de 36 meses, foi firmado com a empresa 3Corp Technology S/A, pelo valor global de R\$ 9.271.125,00. Assim, questiona se, passados 5 anos, a atual solução possui configuração e complexidade adicional para que a contratação de manutenção decorrente do pregão em foco tenha seu preço majorado em mais de três vezes (peça 22, p. 17).

94. Conclui que, ante os fatos, a licitação em análise não pode ser homologada e propõe sua anulação. Por fim, entende que, apesar da irregularidade, não se mostra oportuna a realização de audiência dos responsáveis, pois, no caso em exame, a segregação de funções acarreta falta de visão global do processo por cada uma das áreas envolvidas (peça 22, pp. 18-19).

Argumentos do MPTCU

95. O MPTCU ressalta inicialmente que a matéria apreciada nesta representação é equivalente à do TC 001.418/2014-9, no qual foram analisadas irregularidades no Pregão 2013/15907, cujo objeto era semelhante ao atual. Relata que, por ocasião do julgamento via Acórdão 1.737/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro José Mécio Monteiro, o Tribunal considerou ilegal a exigência de credenciamento das licitantes pelos fabricantes e determinou ao Banco que se absteresse de incluir tais exigências sem expressa justificativa ou sem prévio exame do seu impacto na restrição da competitividade do certame (peça 32, p. 2).

96. Registra que, apesar da determinação supracitada, não foi apresentada qualquer justificativa para a inclusão da exigência no edital do pregão em comento e que a alegação de que os fabricantes dos equipamentos não se responsabilizariam por serviços prestados por fornecedores não credenciados somente foi apresentada pelo Banco na ocasião da resposta à oitiva. Acrescenta que tal argumento não foi acompanhado de qualquer elemento probatório de sua veracidade (peça 32, p. 2).

97. Rebate o argumento do BB de que, em atenção à recomendação do acórdão, realizou processo de RFP, por meio do qual foi dada publicidade aos requisitos técnicos necessários para a prestação dos serviços, propiciando, dessa forma, amplo conhecimento ao mercado do objeto que seria licitado. Para o MPTCU, o simples ato de dar publicidade aos requisitos de habilitação técnica,

no caso, o credenciamento pelos fabricantes, não é suficiente para mitigar o risco de tal exigência restringir a competitividade da licitação (peça 32, p. 2).

98. Informa que, em atendimento a sua solicitação, o BB encaminhou, dentre outros documentos, correspondência eletrônica contendo relação das empresas que possuem credenciamento dos fabricantes das soluções que integram a estrutura do CABB. Inclui, na sua manifestação, tabela elaborada a partir da análise dos dados encaminhados pelo banco (peça 32, pp. 2-3).

99. Constata, a partir das informações enviadas, que existem 36 empresas credenciadas por pelo menos um dos fabricantes das soluções que integram a solução da CABB, mas somente três empresas dispõem, de forma concomitante, de carta de credenciamento das três fabricantes, o que denota o caráter restritivo de tal exigência. Ressalta que, entre essas empresas, constam gigantes multinacionais que atuam no mercado de TI, como Accenture, Oracle e IBM, mas não possuem credenciamento exigido. Conclui que não é razoável supor que empresas desse porte não seriam capazes de prestar os serviços de manutenção pretendidos pelo Banco (peça 32, p. 4).

100. Rechaça a seguinte argumentação do BB: quatro empresas participaram do processo de RFP, o que demonstra não ser restritiva a exigência de credenciamento. De acordo com o MPTCU, essas empresas não estão entre as que atendem ao requisito de credenciamento simultâneo pelas três fabricantes; certamente não participaram da disputa por não atender ao requisito; caso tivessem participado, também seriam desclassificadas. Ressalta que, das três empresas que participaram do pregão, somente a Digi cumpria a exigência (peça 32, p. 4).

101. Quanto a diferença de regime de contratação em virtude da regência de diferentes leis, o MPTCU observa que a Lei 13.303/2016 não tratou de forma específica sobre os aspectos relacionados à qualificação técnica dos licitantes, diferentemente da Lei 8.666/1993. Explica que o art. 31 da Lei 13.303/2016 prevê que as licitações se destinam a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, observados os princípios da impessoalidade, da igualdade e da obtenção de competitividade, entre outros (peça 32, p. 4).

102. Nota que a Lei 13.303/2016, 'invocada pelo BB para justificar sua conduta de exigir o credenciamento de licitantes pelos fabricantes, em nada inovou em relação aos objetivos e princípios que devem reger as licitações públicas'. Entende que, para garantir a obediência aos princípios da igualdade e da obtenção de competitividade, torna-se necessário observar o comando estipulado pelo art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 (peça 32, pp. 4-5).

103. Menciona outras fontes de direito que servem de critério para impugnar a multicitada exigência, como o art. 30, § 5º, da Lei 8.666/1993 e o inciso XXI do art. 37 da CF de 1988, além da farta jurisprudência do TCU, unânime em reprová-la por falta de respaldo legal. Transcreve trechos de vários acórdãos para ilustrar esse entendimento, como o Acórdão 1.805/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira, e o Acórdão 3.783/2013-Primeira Câmara, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues (peça 32, pp. 5-6).

104. Transcreve também entendimentos da Nota Técnica 3/2009, da Sefti, sobre o assunto, conforme resumido abaixo (peça 32, p. 6):

a) não é requisito técnico indispensável à execução do objeto a exigência de que as licitantes sejam credenciadas pelo fabricante;

b) A exigência de credenciamento das licitantes pelo fabricante, via de regra, implica restrição indevida da competitividade do certame; e

c) a decisão pela exigência, em casos excepcionais, de credenciamento das licitantes pelo fabricante deve ser cabalmente justificada no processo licitatório, respeitando-se as particularidades do mercado;

105. Também destaca texto do aludido documento no sentido de que a decisão sobre a entrada ou não de uma empresa no programa de credenciamento não é transparente, pois não se vincula necessariamente à satisfação de critérios técnicos. Avalia que a 'exigência de credenciamento pode levar os fabricantes das soluções de TI a repartirem entre si as compras públicas, a partir da indicação discricionária de fornecedores de seu interesse' (peça 32, pp. 6-7).



106. Lembra que esse risco de direcionamento das licitações já foi discutido pelo Tribunal em outras ocasiões e transcreve, como evidência, excertos de votos de julgados do TCU, a exemplo dos Acórdãos 423/2007-TCU-Plenário e 2.695/2013-Plenário, ambos de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer. Conclui que a exigência de que os licitantes sejam credenciados, de maneira concomitante, por três fabricantes, é um requisito mais desarrazoado e inapropriado do que os casos já analisados pelo TCU, que se referem a somente um credenciamento (peça 32, p. 7).

107. Por fim, considera inviável o deferimento do pleito formulado pela representante para que seja determinada a manutenção de sua habilitação e entende que, nessa circunstância, o certame deve ser anulado e lançado novo processo licitatório livre dos vícios identificados para dar oportunidade à participação de empresas que, embora tecnicamente habilitadas, possam ter sido impedidas de participar da disputa em razão do requisito indevido exigido pelo banco (peça 32, pp. 7-8).

Argumentos da empresa Digi

108. A empresa Digi também se manifestou duas vezes nos autos: a primeira, em 2/4/2018, por ocasião da oitiva promovida pelo TCU (peça 17); a segunda, em 23/5/2018, quando apresentou informações complementares (peça 31).

Resposta à oitiva (peça 17)

109. A Digi sustenta que os requisitos de comprovação da capacidade técnica não se restringem ao item 8 do edital, mas são complementados pelo item 9, cuja não comprovação de atendimento deve acarretar a desclassificação por descumprimento dos termos do edital. Entende que não pairam dúvidas acerca da desclassificação da representante, mesmo porque as declarações exigidas são importantes para a execução do objeto licitado (peça 17, pp. 2-3).

110. Para a empresa, a vencedora do pregão em análise deve estar autorizada a revender garantia estendida e manutenção em nome das fabricantes, pois, sem ela, é inviável a efetivação de várias atividades somente permitidas às credenciadas, tais como configurações e atualizações. Segundo argumenta, a exigência se justifica pela própria natureza dos serviços a serem contratados, que fazem parte de uma solução composta por três fabricantes com os quais a vencedora deve se integrar, pois, do contrário, implica inexecutabilidade (peça 17, p. 3).

111. Ressalva que a declaração exigida consiste em atestado capaz de comprovar a existência de contrato entre a fabricante e as empresas parceiras, tornando-as capazes de prover e garantir a manutenção dos serviços, o que não é permitido a profissionais meramente certificados. Transcreve o seguinte trecho em inglês do manual técnico de suporte dos parceiros da Genesys: **'Support to Partners for any products will be strictly limited to clientes who are current in their maintenance agreements'** (Suporte aos parceiros para qualquer produto será estritamente limitado aos clientes que estão com seus contratos de manutenção atualizados, em tradução livre) (peça 17, p. 3).

112. De acordo com a Digi, a TLD não pode firmar um contrato de manutenção e suporte com a Genesys para atender a algum cliente que utilize esta plataforma sem haver um contrato de credenciamento com a fabricante. Explica que tais serviços são exclusivos de empresas que se sujeitaram a um procedimento no qual são aferidos aspectos de ordem financeira, operacional e técnica (peça 17, p. 4).

113. Para a Digi, a manutenção objeto da presente licitação consiste no direito de atualização das versões dos **softwares**, da instalação de releases e patches, dentre outras atividades, o que só pode ser executado pelos representantes dos fabricantes. Explica que, para efetivar a venda de produtos e serviços de manutenção das fabricantes, é imprescindível que se mantenha contrato de parceria com eles, o que decorre de um procedimento previsto pelas normas internas das empresas fabricantes (peça 17, p. 4).

114. Lembra que a falta de credenciamento leva à não realização de serviços essenciais, o que pode causar considerável prejuízo financeiro para o Banco. Compara a presente licitação com um certame para a aquisição de seguros de automóveis, no qual a empresa vencedora não possuísse contrato com qualquer seguradora. Para a Digi, a desclassificação da vencedora seria certa, em face

da sua incapacidade de atender a demanda da administração e que a ausência do contrato de parceria seria responsável pelo preço irreal ofertado pela licitante (peça 17, p. 4).

115. Relata que a importância de ser um representante autorizado pelos fornecedores, requisito vital ao efetivo cumprimento do objeto licitado, é ignorada pela TLD, e que o processo de credenciamento é possibilitado a todos que têm interesse em obter, não havendo discriminação quanto à pretensão de qualquer empresa. Explica que as regras se encontram nas páginas dos fornecedores na internet e são informações de fácil acesso e com ampla e irrestrita publicidade (peça 17, p. 5).

116. Esclarece que são exigidos critérios objetivos para concretização da parceria, criados por empresas sérias, 'que prezam pela idoneidade dos seus produtos e serviços, bem como a dos seus representantes'. Dessa forma, segundo a Digi, não seria 'condizente com o padrão de compromisso com a excelência das empresas, aceitar pedidos repentinos de declaração', sem haver um procedimento de credenciamento (peça 17, p. 5).

117. Rechaça a afirmação da TLD de que seria necessária, para atender a demanda, apenas a certificação de funcionários nas tecnologias envolvidas, por não condizer com a realidade dos fatos, ou seja, com a importância e complexidade do objeto licitado. De acordo com a Digi, o desconhecimento da TLD acerca dos sistemas dos fabricantes acarretou em oferta inexequível, por não contemplar os custos necessários à contratação dos serviços (peça 17, p. 6).

118. Observa que a determinação do TCU acerca de credenciamento, emitida no âmbito do TC 001.418/2014-9, que analisou a regularidade do PE 15907/2013, é no sentido de que as exigências não imponham obstáculos à ampla concorrência. Garante que não houve essa limitação na atual licitação, pois haveria, ao menos, cinco empresas com capacidade para o atendimento do exigido ao edital (peça 17, p. 6).

119. Informa que o projeto básico contendo a exigência de credenciamento foi publicado desde maio de 2017 e, por isso, seria estranho e questionável o fato de a TLD não ter impugnado o edital em época oportuna. Conforme a Digi, a TLD sabia que não possuía autorização para garantir suporte e manutenção em nome das fabricantes, mas declarou que atendia e aceitava a todos os termos do edital, o que implica dizer que ela prestou falsa declaração, conforme preceitua o item 5.2 do instrumento convocatório (peça 17, pp. 6-7).

120. Argumenta que a representação da TLD se fundamenta em legislação que não se aplica ao certame em foco, pois a decisão do TCU acerca de credenciamento baseou-se na Lei 8.666/1993, enquanto que, neste certame, se aplica a Lei 13.303/2016. Entende que resta demonstrada a tentativa reiterada da empresa de tumultuar o processo licitatório, provavelmente por incompreensão do objeto licitado, o que se comprova pela repetida afirmação de que as declarações seriam desnecessárias (peça 17, p.7).

121. Destaca ser prática comum a inclusão da exigência de declarações em editais e traz, como exemplo, trechos de três editais do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Tece considerações acerca da não participação da empresa 3Corp, que pretensamente seria favorita por já prestar serviços ao Banco e possuir as declarações requisitadas (peça 17, pp.7-8).

122. Considera que a desclassificação da TLD foi legítima por aquela não ter apresentado as declarações exigidas no edital, essenciais ao cumprimento do contrato. Garante que a ausência de autorização das empresas fornecedoras implica inexequibilidade do objeto licitado, pela necessidade de integração dos componentes da solução Cabb (peça 17, p. 9).

123. Acredita que houve má-fé da TLD ao entrar com a presente representação, pois ela teve diversas oportunidades, durante a licitação, para se insurgir contra as exigências, mas optou pela inércia. Observa que há pelo menos cinco anos, ela tem ciência de que os serviços solicitados dependem da integração com as fabricantes, mas não as procurou para firmar um contrato de representação (peça 17, p. 9)

124. Por fim, conclui que existem motivos suficientes para o indeferimento da representação da TLD e para a revogação da suspensão do certame (peça 17, p. 10).

Informações complementares (peça 31)

125. Em sua nova manifestação, a Digi repete basicamente os mesmos argumentos já resumidos anteriormente. Serão realçados a seguir os aspectos novos de sua manifestação.

126. De início, defende que a Lei 13.303/2016 deve ser aplicada em detrimento da Lei 8.666/1993 e que a incidência da nova legislação implica renovação da jurisprudência existente. Esclarece que o estatuto jurídico das empresas estatais surgiu da necessidade de viabilizar uma atuação mais eficiente da administração quando esta age na condição de empresário e que não pretende uma 'relativização' de jurisprudência de Tribunal (peça 31, pp. 1-2).

127. Rebate argumento da Secex-SP, para quem a plataforma física da Cabb seria relativamente simples, e explica que a necessidade dos serviços decorre, sobretudo, da necessidade de preservar investimentos já efetivados. Transcreve trechos de estudo do BB sobre a contratação para demonstrar a importância dos serviços (peça 31, pp. 2-5).

128. Defende a relevância e a necessidade das licenças de **software** de telefonia, da Genesys, e de gravação, da Verint. De acordo com a Digi, a descontinuidade dos serviços de manutenção dos sistemas das três fabricantes representará um retrocesso nos sistemas de tecnologia do Banco, acarretando alto custo e perda de receitas. Garante que o objeto licitado não é algo disponível em pronta entrega, mas realizado com base nas necessidades do contratante, tornando-o único e singular (peça 31, pp. 5-6).

129. Quanto à possibilidade, aventada pela Secex-SP, de o BB ter acesso aos serviços de suporte das fabricantes, diretamente ou por meio dos representantes, a Digi declara que o banco poderia, como qualquer outra empresa, ser credenciado ou representante dos fornecedores, desde que realizasse o processo de credenciamento, com investimentos em treinamentos e na manutenção do contrato de representação. Afirma que essa conjuntura é contrária aos princípios da economicidade e da razoabilidade e que a comercialização por intermédio de representantes não faz parte da política das fabricantes (peça 31, p. 6).

130. Relata que, para serem integradoras credenciadas pelos fabricantes, as empresas precisam comprovar capacidade financeira, histórico de projetos e especialização nas áreas em que o fabricante forneça soluções, além de outros critérios. Segundo a Digi, o simples fato de uma empresa possuir técnicos certificados pelos fabricantes não a autoriza a comercializar o **software** e as garantias dos fabricantes (peça 31, p. 6).

131. Aduz que, ao contrário do citado na instrução da Secex-SP, a solução Cabb não envolve apenas **hardwares**, sem complexidade de **software**, pois foram necessárias cerca de dez mil horas de trabalho conjunto das equipes dos fabricantes, do integrador e do banco, a um custo médio de R\$ 200,00 por hora de trabalho. Enfatiza que a Cabb é considerada a maior central de relacionamento da América Latina, com tendência de crescimento exponencial, devido à substituição do antigo modelo de atendimento centrado nas agências. Por tudo isso, segundo argumenta, a integração das soluções seria crucial para o acesso às informações de forma organizada (peça 31, p. 7).

132. Esclarece que as fabricantes fornecem **softwares** e tecnologia de voz e dados de grande complexidade de implantação e gerenciamento, e que a Genesys, líder mundial de soluções de experiência do cliente e de **softwares** para gestão de contact center, está presente em mais de 120 países e em 80% dos principais bancos do mundo. Por sua vez, conforme a Digi, o **software** da Verint viabiliza a gravação das chamadas e das interações de voz no atendimento a clientes (peça 31, p. 7).

133. Observa que o fornecimento do **software** envolve a venda da licença propriamente dita, paga uma única vez no momento da contratação, acrescida de uma taxa anual de suporte e manutenção do **software**, a qual garante o acesso ao suporte especializado do fabricante. Entende que o Banco demonstrou a inviabilidade dos serviços serem prestados por técnicos certificados independentes, além da necessidade de acionamento do fabricante para solucionar demandas cotidianas, conforme trecho de estudo do BB transcrito na sua resposta (peça 31, pp. 8-9).

134. Descreve funcionamento do processo de contratação para o projeto do BB, conforme resumido abaixo (peça 31, p. 10):

a) o BB detalha a quantidade de licenças que deseja contratar e quantos anos de suporte e manutenção deseja para o projeto, 3 anos por exemplo;

b) a empresa parceira, por meio do portal de oportunidades do fabricante, solicita o valor das licenças e do suporte e manutenção para o tempo solicitado, função que só pode ser realizada por empresas parceiras credenciadas;

c) a fabricante analisa o projeto e envia o orçamento para a empresa parceira;

d) a empresa parceira compra as licenças, contrata o serviço de suporte e manutenção do fabricante e revende as licenças e o serviço para o Banco; além desta venda, a parceira é responsável pelo processo de implantação e instalação da solução, seguindo as orientações da fabricante;

e) a partir do momento que as licenças são ativadas, começa a contar o período de suporte e manutenção do **software** no fabricante, no qual o Banco recebe apoio e atualizações de **software** da fabricante, em função do contrato firmado entre a parceira e a fabricante que garante o acesso às áreas restritas; e

f) após o termino do contrato de suporte e manutenção, o Banco precisa renovar o serviço com uma das parceiras credenciadas pelo fabricante, para ter acesso às atualizações dos **softwares** por novo período.

135. Repisa que, mesmo que o BB possua em seu corpo técnico profissionais certificados das fabricantes, eles não terão acesso às atualizações de versões dos fabricantes, pois o Banco não é parceiro oficial e não há vantagem em ser. Salienta que o contrato do Banco com a credenciada compreende o atendimento dos níveis iniciais para resolução dos problemas, o que é permitido aos técnicos certificados, mas precisa ter permissão de acesso às áreas restritas para suporte aos níveis mais avançados (peça 31, p. 10).

136. Explica que o fato de somente as parceiras terem acesso às atualizações justifica a exigência do credenciamento, evitando que empresas aventureiras, não credenciadas, possam participar do processo. Ressalva a relevância da possibilidade de atualização para novas versões do **software** para minimizar os riscos de falhas de segurança exploradas por hackers em tentativas de fraude (peça 31, pp. 10-11).

137. Defende que não houve continuidade dos serviços do PE 15907/2013, a partir da comparação entre o objeto deste pregão e aquele do pregão em análise. Para a Digi, não se trata de mera substituição de exigência de credenciamento, pois houve alteração de objeto, com mudanças na arquitetura da solução, que foi modernizada e ampliada. Argumenta que o contrato decorrente do supracitado pregão foi antecipadamente rescindido, razão pela qual não se pode falar em continuidade, mesmo porque as partes não são as mesmas (peça 31, pp. 11-12).

138. Sustenta que os estudos preliminares constam nos autos do processo e que o Banco apresentou uma lista de empresas credenciadas pelas fabricantes. De acordo com a Digi, esta lista demonstra que, mesmo excluindo a Digi, ao menos três empresas estariam aptas a cumprir o exigido em edital: Infosys, Interaxa e Dimension Data (peça 31, p. 12-13).

139. Expõe que o item 9.2.2 do edital permite a subcontratação das fabricantes e, nesse sentido, resta evidenciado que qualquer licitante pode subcontratá-los, sem necessidade de credenciamento, ou seja, trata-se de alternativa ao credenciamento, não, uma condição adicional. Entende que a TLD desconsiderou os valores necessários ao efetivo cumprimento do contrato, pois não contemplou os custos com as garantias e afirma que o lance vencedor se deu de modo aleatório, pois não se baseou em custos concretos (peça 31, p. 13).

140. Questiona como uma empresa pode prestar serviços de suporte e manutenção sem possuir a comprovação de que detém capacidade técnica para fornecer ou atualizar um **software**, na medida em que não mantém contrato de representação com a fabricante. Faz uma analogia da presente contratação com o fornecimento de licenças do sistema operacional Windows: empresas que



comercializam cópias piratas vão cobrar preço inferior de revenda do que aquelas que adquirem as licenças de forma legal (peça 31, pp. 13-14).

141. Lembra que o valor estimando de R\$ 33 milhões baseou-se no valor atualizado da solução, R\$ 89 milhões, considerando-se o 'percentual médio praticado para custo de serviços de manutenção, que varia entre 18 e 22%'. Conclui que a diferença existente entre os preços ofertados por ela e pela TLD decorreu da insuficiência do preço desta empresa e não, do excessivo valor de sua própria proposta (peça 31, p. 14).

142. Ao final, requer o reconhecimento da legalidade do PE 2017/04616, com o consequente indeferimento da representação (peça 31, pp. 14-15).

Análise

143. A análise será efetivada por tópicos, de acordo com a técnica de divisão do todo em partes para posterior síntese. De cada tópico, serão extraídas uma ou mais conclusões, agrupadas na seção final deste parecer. Tais conclusões, juntamente com o juízo emitido acerca da legalidade do pregão em análise, constituem a resposta para o questionamento formulado pelo Excelentíssimo Senhor Relator do processo.

Dos critérios relativos ao Banco

144. De acordo com a CF de 1988, artigos 170 e 173, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, observados os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, dentre outros. A exploração direta de atividade econômica pela União somente deve ocorrer quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

145. O BB é uma sociedade de economia mista vinculada ao MF, cuja finalidade é a prestação de serviços bancários. Logo, constitui exceção ao regime econômico estabelecido no Brasil, conforme os critérios constitucionais listados acima. De fato, não é comum a ocorrência de bancos públicos em países de regime semelhante ao do Brasil, como Estados Unidos, Inglaterra e França, dentre outros.

146. Entende-se que a atuação excepcional da União na economia por meio do BB somente se justifica por ser necessária e relevante ao interesse coletivo, já que não faz sentido pensar que ele existe devido aos imperativos da segurança nacional. Assim, na análise de situações envolvendo a estatal, deve-se ter em mente essa característica de sua atuação, ou seja, qual a relação da situação específica com o interesse coletivo.

Da situação específica

147. Para a prestação de serviços bancários, um banco precisa se relacionar com seus clientes, o que pode ocorrer de forma presencial ou remota. Com a evolução dos serviços de comunicação, é cada vez maior a procura por serviços remotos, com a necessidade de investimentos crescentes em tecnologias em função do aumento da demanda por esse tipo de atendimento.

148. Quando se pensa em **Call Center**, é comum associar a atendimento telefônico. Contudo, suas atividades não mais se resumem somente a esse canal. A tendência é que se reúnam, nos centros de relacionamento, todas as interações das empresas com seus clientes, inclusive mídias sociais, como whatsapp e facebook.

149. Para o desempenho de suas funções, um centro de relacionamento é servido por diversas tecnologias, como telefonia e computação, que devem funcionar de forma integrada para o alcance das finalidades desejadas. O objeto da presente licitação consiste justamente na prestação de serviços de manutenção e suporte técnico para essas tecnologias (peça 1, p. 55).

150. Conforme exposto pelo Banco em sua última manifestação, seu centro de relacionamento é composto por três ambientes: DC, **site** e PA. O primeiro é responsável por toda a gestão do centro, como regras de negócio e cadastramento do usuário, enquanto o segundo contempla os recursos tecnológicos do atendimento propriamente dito, a exemplo da conexão com as operadoras de telefonia e os serviços de gravação.

151. Por fim, as PA são as unidades de contato com o cliente, ocupadas por atendentes. São descentralizadas e independem das localizações dos DC e dos **sites**. Não fazem parte do escopo do futuro contrato.

152. A solução do Banco, ou Cabb, dispõe de dois DC, um localizado em São Paulo e outro, no Rio de Janeiro, e três sites principais, com endereços em São José dos Pinhais, São Paulo e Rio de Janeiro. Segundo informado na reunião com os gestores do BB, este último site será migrado para Brasília. Importante lembrar que esses DC não se confundem com os DC utilizados pelo Banco para seus sistemas corporativos, embora haja conexão entre a solução Caab e esses sistemas.

153. A existência de dois DC e três sites se explica, dentre outros motivos, por redundância, isto é, para que não haja interrupção de atendimento por motivo de indisponibilidade de alguma dessas unidades. Para funcionar, a Cabb utiliza recursos tecnológicos de várias fabricantes, sendo que as principais são a Genesys, Verint, Audiocodes e Digivox.

Dos critérios da situação específica

154. A controvérsia aqui analisada reside na legalidade da exigência de declaração das fabricantes Audiocodes, Genesys e Verint para a assinatura do contrato. Nas declarações, deve constar informação de que a empresa está autorizada a efetuar configurações, atualizações, reposição de peças e suporte especializado nas suas soluções ou componentes. Não foi exigida declaração da Digivox (peça 1, p. 50).

155. Convém, de início, averiguar quais os critérios constitucionais aplicáveis para o caso concreto. Não há dúvida acerca do dispositivo abaixo transcrito (sem grifos no original):

‘Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.’

156. Outros dispositivos constitucionais, desta feita relativos à atividade econômica, são aplicáveis, conforme transcrito abaixo (sem grifos no original):

‘Art. 173. (...). § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (...)

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.’

157. A norma supramencionada é a Lei 13.303/2016 e não há dúvida de que o pregão em comento é processado sob sua égide. A divergência reside na mudança ou não da jurisprudência relacionada com a exigência de declaração de fabricante. De fato, a representante foi impedida de assinar o contrato por não apresentar as declarações das três fabricantes.

158. Tanto o BB quanto a Digi sustentam que o objeto do pregão sob análise não consiste na continuidade dos serviços do pregão 15907/2013. As partes defendem que este último pregão se refere à manutenção de componentes de **hardware** e **software** que foram substituídos em 2013, não sendo possível falar em continuidade dos serviços, mesmo porque houve rescisão antecipada do contrato decorrente do supracitado pregão.

159. A razão para essa insistência acerca da não continuidade dos serviços se deve ao fato de o PE 2013/15907, processado sob a Lei 8.666/1993, ter sido analisado pelo TCU. Dessa forma, a não continuidade dos serviços e a diferença de legislação implicariam a não aplicação do item 9.2.1 do

Acórdão 1.737/2016-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, proferido em função da análise daquele pregão. Convém transcrever o precitado item (sem grifos no original):

'9.2.1 se abstenha de incluir exigências para habilitação técnica de licitantes relativas ao credenciamento, ou autorização para realização de procedimentos especiais em equipamentos, sem expressa justificativa no processo licitatório ou sem prévio exame do impacto dessa exigência na restrição da competitividade do certame;'

160. O PE 2013/15907 tem por objeto a prestação de serviços de suporte para a infraestrutura de call center, da mesma forma que o PE 2017/04616, ora em análise. Nesse sentido, trata-se do mesmo objeto. Contudo, conforme informado pelo Banco, houve mudança da plataforma tecnológica em 2013, com a realização do PE 2013/14981. Dessa forma, embora os dois pregões retro mencionados tratem de manutenção e suporte da infraestrutura tecnológica do Cabb, essa mudança de plataforma torna os serviços diferentes.

161. Independente de se tratar da continuidade ou não desses serviços, cumpre avaliar se a determinação prolatada pelo TCU por ocasião da análise do primeiro pregão, processado sob a Lei 8.666/1993, continuou valendo para o segundo, realizado sob a égide da Lei 13.303/2016. Em outras palavras, há necessidade de mudança na jurisprudência do TCU relativa a credenciamento de fornecedores pelos fabricantes em função da vigência da nova lei?

162. A exigência está relacionada com a aferição da capacidade técnica da licitante para a execução contratual. Consoante já analisado tanto pela Secex-SP quanto pelo MPTCU, não houve inovação por parte da Lei 13.303/2016 em relação a esse aspecto. Mesmo porque a fonte primordial para o entendimento corrente é a própria CF de 1988, art. 37, inciso XXI, que estatui que somente se permitirá exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

163. Via de regra, o credenciamento de fornecedores junto às fabricantes não é um requisito indispensável para a execução contratual. Esse assunto já foi amplamente discutido no âmbito do TCU, tendo sido inclusive objeto de nota técnica específica da Sefti. Tanto a jurisprudência quanto a nota técnica já foram suficientemente detalhadas nos pareceres da Secex-SP e do MPTCU quanto às razões pelas quais não deve ser aceita a exigência em licitações públicas.

164. Apenas um adendo: conforme já demonstrado em estudos, o credenciamento pode ser usado como uma ferramenta de cartelização de mercados, pois permite que a fabricante escolha previamente as futuras vencedoras das licitações públicas. Mesmo que a Lei 13.303/2016 houvesse inovado quanto a esse aspecto, como pretendem o Banco e a Digi, tal inovação também estaria em desacordo com o § 4º do art. 173 da CF de 1988, transcrito no parágrafo 156.

165. De todo o exposto, conclui-se que a determinação exarada por meio do item 9.2.1 do Acórdão 1.737/2016-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, continua plenamente válida para as licitações públicas do BB, apesar da mudança de legislação. Como o Banco sustenta que cumpriu a determinação, cabe avaliar se foram inseridas, no processo licitatório, as justificativas para a exigência e o exame do seu impacto na restrição da competitividade do certame.

Das justificativas para a exigência e do exame do seu impacto na restrição da competitividade

166. Por um lado, a representante aponta que não houve justificativas para a exigência das declarações, nem no edital nem no projeto básico, opinião corroborada pelo MPTCU. Para a Secex-SP, sequer há evidências do estudo técnico realizado pelo BB. Por outro, o Banco e a Digi fazem menção a um estudo técnico que teria sido realizado por ocasião da fase interna da licitação, o qual consta nos presentes autos (peça 26, pp. 67-79).

167. De fato, não há justificativa para a exigência nem no edital nem no projeto básico. Resta avaliar o estudo técnico citado.

168. De acordo com o estudo, seu objetivo seria demonstrar a viabilidade técnica e econômica da contratação, com a descrição da solução e com as alternativas possíveis de contratação, dentre outros assuntos. Percebe-se que o texto sofreu revisões e que a versão enviada pelo BB tem data de 25/5/2017 (peça 26, pp. 68-79).



169. Como justificativa para a contratação, é detalhada a importância da solução Cabb para os negócios do Banco. Não há qualquer menção à exigência, a qual não foi, portanto, justificada. Em consequência, também não foi realizado exame prévio de seu impacto na restrição da competitividade do certame.

170. A conclusão a que se chega é que o Banco não cumpriu a determinação contida item 9.2.1 do Acórdão 1.737/2016–Plenário, prolatado em sessão plenária de 6/7/2016, sob a relatoria do Ministro José Múcio Monteiro. E, apesar da segregação de funções e das alçadas de decisões, conforme informou o BB a respeito de sua organização, em nenhum momento se destacou o risco de a exigência estar em desconformidade com esta determinação do TCU e que, por consequência, esse risco poderia causar a paralisação do certame, como, de fato, causou.

Da necessidade da exigência

171. Neste momento processual, o Banco e a Digi trazem novas informações acerca da necessidade da exigência e do seu impacto na restrição da competitividade do certame. A estatal e a empresa ressaltam, por intermédio de números, a importância da Cabb para os negócios do Banco, os quais seriam prejudicados em caso de indisponibilidade da solução em virtude da não prestação de serviços adequados de suporte à infraestrutura tecnológica.

172. Não se discute a importância dos equipamentos para o Banco ou a possibilidade de prejuízos em virtude de falhas no seu funcionamento. Ao contrário, conforme salientado no início desta análise, verifica-se que a tendência é a centralização das interações das empresas com seus clientes nos centros de relacionamento, o que vai exigir investimentos crescentes em tecnologia.

173. O que se discute é o modelo engendrado pelo Banco para a prestação dos serviços de suporte à infraestrutura tecnológica de seu **Call Center**. De início, imputa-se irregular a inclusão de exigência de credenciamento sem justificativas nos autos da contratação e sem avaliação de seu impacto na restrição da competitividade do certame, em desacordo com o determinado no item 9.2.1 do Acórdão 1.737/2016–Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro.

174. No estudo técnico da contratação efetivado pelo BB, somente são considerados três cenários de contratação: não contratação dos serviços, contratação dos serviços ou renovação do parque tecnológico (peça 26, pp. 73-76). No cenário de contratação dos serviços, não foram exploradas outras possibilidades além daquela que inclui a exigência de credenciamento simultâneo junto a três fabricantes.

175. O estudo técnico é superficial quanto à pertinência da exigência, pois não apresenta cenários alternativos para ela. Por exemplo, a divisão do objeto em dois itens, conforme lembrou a Secex-SP: serviços avançados e serviços de níveis básico e intermediário.

176. Para primeiro item, onde há necessidade de suporte da fabricante, seria exigida a declaração, enquanto que, para o segundo, não. Por serem mais simples e não exigirem a intervenção da fabricante, os serviços de níveis básico e intermediário poderiam ser executados por técnicos certificados de empresas não autorizadas ou por técnicos da própria estrutura de TI do Banco.

177. Essa divisão poderia mitigar um outro problema do modelo engendrado pelo Banco: a decisão de chamar ou não o suporte do fabricante depende dos serviços efetivados nos níveis básicos e intermediários. Assim, estes serviços podem ser realizados de forma a maximizar o lucro e não necessariamente para resolver os problemas, pois todos os serviços são realizados por uma única empresa. É o chamado ‘paradoxo do lucro-incompetência’, ou seja, quanto mais incompetente for a empresa prestadora de serviços, mais lucro irá obter.

178. O MPTCU recebeu do BB uma relação de 36 empresas que, segundo o Banco, possuem credenciamento com pelo menos um dos fabricantes das soluções que integram a estrutura do CABB, das quais somente três têm credenciamento simultâneo das três fabricantes (peça 32, pp. 2-3). Não se cogitou, por exemplo, a divisão do objeto em três itens, com a exigência de credenciamento por tecnologia, o que, em tese, ampliaria a competitividade.

179. Tais dúvidas permanecem exatamente porque houve falhas no planejamento da contratação, que não foi realizado de acordo com as melhores práticas. Embora o Banco não seja

obrigado a cumprir, a Instrução Normativa 4/2014, da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (IN SLTI/MP 4/2014) pode ser apontada como critério de boas práticas de contratações públicas.

180. Contrariando as boas práticas, observa-se que não foram avaliadas as soluções disponíveis no mercado nem as atividades similares realizadas por outros órgãos ou entidades da administração pública, conforme art. 12 da IN SLTI/MP 4/2014. Sabe-se que há soluções semelhantes, inclusive em bancos como a Caixa Econômica Federal (CEF) ou o Banco do Nordeste do Brasil S.A. (BNB), mas não há informações sobre elas no planejamento da contratação.

181. A ausência dessas análises impede a avaliação da razoabilidade da exigência, isto é, se ela faz parte de um modelo de prestação de serviços que é padrão de mercado ou de um modelo restritivo adotado apenas no Banco do Brasil. Como existem 36 empresas do ramo, mas apenas três possuem o credenciamento simultâneo com as três fabricantes, é possível supor que não é um padrão de mercado essa forma de prestação dos serviços.

Do impacto da exigência na restrição da competitividade

182. Esse assunto foi debatido na reunião com os gestores do BB, que não concordaram que sua solução não fosse padrão de mercado. Para eles, a Genesys, fabricante de parte dos componentes da solução, é líder de mercado e suas soluções estariam presentes em muitas soluções semelhantes, inclusive de grandes bancos. Além disso, as três fabricantes seriam reconhecidas pelo Gartner Group como referência em **Contact Center**.

183. Não se discute se a Genesys é líder de mercado ou se os produtos dos fabricantes são padrões individualmente. A solução Cabb não se utiliza somente de componentes de uma fabricante, mas de quatro. Não restou demonstrado que a exigência de credenciamento simultâneo junto a três das quatro fabricantes seria um padrão de mercado e, portanto, não representaria um óbice para a participação de empresas interessadas em prestar os serviços para o BB.

184. O Banco pretende arguir que foi analisado o impacto da exigência na restrição da competitividade do certame porque realizou processo de RFP, no qual foram tornados públicos os requisitos da contratação, inclusive a exigência em foco. Para o BB, o fato de quatro empresas terem enviado propostas seria evidência de não cerceamento da concorrência.

185. As quatro empresas citadas pelo Banco em seu relatório de estimativa de preços foram Digivox, MHRM Consulting, Wulcan e Claro (peça 26, p. 65). De acordo com a lista de empresas enviada para o MPTCU, já citada, nenhuma delas satisfaz a exigência. Das quatro empresas, somente a Claro consta da lista, mas com apenas um credenciamento (peça 32, p. 3).

186. Na realidade, não restou comprovado ter havido análise a respeito da exigência com base no processo de RFP. Caso contrário, a conclusão inevitável seria de que a condição de credenciamento simultâneo junto às três fabricantes restringia a competitividade, pois nenhuma das empresas participantes do processo de RFP atendia a ela. Não há coerência em fazer pesquisa de preços com empresas que sequer atendem as condições de credenciamento impostas.

187. De fato, foi o que ocorreu na prática com o pregão sob análise, quando apenas três empresas participaram da sessão de lances: Digi, TLD e BR Voice. Conforme se observa da lista de lances, não houve disputa: a Digi venceu com sua proposta inicial de R\$ 18 milhões e a BR Voice, com proposta de aproximadamente R\$ 47 milhões, também não apresentou lances (peça 35, p. 28).

188. Somente a Digi apresentou lances: sua proposta caiu de R\$ 38 milhões para R\$ 36,73 milhões (peça 35, p. 28). Além disso, somente a Digi atendia à condição exigida de credenciamento, de modo que o resultado não poderia ser outro senão a vitória dessa empresa. Os fatos mostraram que a TLD venceu a disputa, mas não logrou obter as declarações para a assinatura do contrato.

189. Conforme já mencionado, o MPTCU recebeu uma lista de 36 empresas com credenciamento em pelo menos uma fabricante. Dessas 36, somente três possuem credenciamento simultâneo com as três fabricantes. Das três, somente a Digi participou do pregão. Causa estranheza a falta de interesse das outras duas empresas em uma contratação estimada em mais de trinta milhões de reais.



190. O Banco sustenta que exigiu declaração e não, credenciamento propriamente dito. Para ele, seria possível obter as declarações caso a empresa vencedora fosse credenciada em pelo menos uma fabricante. Se tal possibilidade existe, não se concretizou no pregão em análise. Além disso, para a jurisprudência do TCU, tanto faz se é credenciamento, declaração ou carta de solidariedade, conforme acórdãos citados pelo MPTCU em sua manifestação (peça 32, p. 5).

191. O Banco informa que, para aumentar a possibilidade de disputa no certame, incluiu-se a possibilidade de subcontratação parcial do objeto do certame, desde que feita diretamente com as fabricantes. Explica que não foi exigido credenciamento simultâneo junto às três fabricantes, mas uma declaração da empresa vencedora de autorização para efetuar configurações e atualizações, dentre outras atividades dependentes da cooperação da fabricante.

192. Se foi intenção do Banco ampliar a participação por meio do dispositivo de subcontratação, os fatos mostraram que o resultado não foi satisfatório. Das 36 empresas credenciadas por pelo menos uma das três fabricantes, apenas a Digi participou da disputa. Além disso, o dispositivo se mostra inócuo, porque, de qualquer maneira, se exigem as declarações para assinar contrato, como bem lembrou a Secex-SP.

193. Assim, embora o Banco e a Digi argumentem que o processo de credenciamento é aberto a quaisquer empresas interessadas, desde que se submetam a processos previamente definidos com base em critérios objetivos, a verdade é que a TLD não assinou um contrato de R\$ 18 milhões por não apresentar as declarações exigidas.

194. De todo o exposto, extrai-se que a exigência de credenciamento simultâneo junto a três fabricantes foi restritiva à competitividade no certame. Os fatos indicam que, no caso concreto, não houve disputa real para a contratação com a administração.

Dos preços

195. Dentre os documentos enviados pelo Banco, consta o 'Relatório de Estimativa de Preço' com data de 30/8/2017. De acordo com o documento, o valor da contratação foi estimado em R\$ 33.480.063,28 para 36 meses, incluindo o remanejamento de site. Para os signatários do documento, os preços estariam compatíveis com os praticados pelo mercado (peça 26, pp. 64-66).

196. Há vários problemas relacionados com essa estimativa de preços. O Banco informa que realizou um processo de RFP, mas, na realidade, trata-se de consulta de preços de fornecedores. A diferença é que, segundo o Banco, a pesquisa foi publicada em sua página na internet o que possibilitou amplo conhecimento do objeto licitado para o mercado do ramo.

197. O problema com esse tipo de pesquisa consiste na tendência de aumento dos preços em relação aos praticados no mercado, pois é natural que os fornecedores incluam uma margem de negociação que eles poderiam perder em uma eventual disputa. Para piorar, não foram pesquisados preços de serviços semelhantes, nem na administração pública nem na área privada.

198. O Banco pretende que um estudo do Gartner Group pode ser utilizado como critério para eliminação do risco de sobrepreço na contratação. Embora um estudo desse grupo tenha sido anexado aos autos (peça 38, pp. 216-220), não há informações suficientes para avaliar a sua adequação ao caso concreto e/ou credibilidade. Além disso, é entendimento corrente no TCU de que a aferição de sobrepreço deve ser feita com a coleta de uma cesta de preços de mercado (por exemplo, voto do Acórdão 2.796/2013-Plenário, de relatoria do Ministro José Jorge).

Dos riscos de paralisação dos serviços

199. O BB alega que pode ocorrer paralisação do **Call Center**, caso os serviços de suporte não sejam contratados. Para o Banco e para a Digi, a não contratação de empresa credenciada representa um risco para a continuidade dos serviços prestados pela Cabb. Prejuízos financeiros e de imagem são citados caso o risco seja concretizado.

200. Convém avaliar qual a real dimensão dessa situação de risco e como o Banco chegou a ela.

201. De acordo com o BB, até 2007 a Cabb utilizava a plataforma 'Avaya', quando foi firmado, via pregão, o Contrato 2007/8558-0060 com a empresa 3Corp Technology para o fornecimento da nova solução (peça 26, p. 71). Em 2013, a plataforma da Cabb era baseada em sistema de telefonia da

Alcatel-Lucent, sistema de discagem automática e CTI da Genesys, sistema de gravação da Verint, sistema de tarifação Sumus e URA Digivox (item 17 do relatório do Acórdão 1.737/2016–Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro).

202. Naquele ano, novamente a plataforma foi modificada com a aquisição de nova solução mediante Contrato 2013/7419-2943, firmado com a empresa Digi no valor de R\$ 46.150.000,00. Esta é a plataforma da solução atual e foi adquirida com garantia técnica de 36 meses após a instalação. Durante mais de dois anos, foi necessário manter as duas soluções funcionando em paralelo, quando, em 29/08/2016, foi encerrado o contrato de manutenção da plataforma antiga (peças 26, p. 71 e 78, 35, p. 11, e 36, p. 119).

203. Ou seja, em mais ou menos dez anos, houve duas mudanças radicais na plataforma da solução Cabb. Verifica-se, ainda, que a opção dos gestores pelo conjunto de tecnologias que suporta a solução atual gerou essa situação de dependência das fabricantes. Não há, nos autos, justificativas para a escolha dessas tecnologias, mesmo porque, se a única forma de manter esta solução é por meio da contratação de empresas credenciadas, foi uma decisão em desconformidade com a jurisprudência do TCU.

204. Não há como negar a ocorrência de prejuízos consideráveis para o Banco em caso de indisponibilidade total da solução. Essa possibilidade, no entanto, é remota. Primeiro porque a solução foi adquirida em 2013 com garantia de 36 meses e rodou em paralelo com a solução antiga durante dois anos, que foi desativada ao final deste período. Conforme o próprio Banco, 750 dias ou pouco mais de dois anos foram necessários para alcançar a estabilidade do ambiente. Dessa forma, entende-se que as atualizações mais críticas já foram efetivadas.

205. Segundo, porque as atualizações que necessitam de intervenção das fabricantes não são a regra, mas a exceção. Por exemplo, no contrato firmado com a Digi, o Banco informa que foram necessários 1.179 chamados junto ao integrador, dos quais 271 exigiram o suporte dos fabricantes. Ou seja, tais intervenções do fabricante representaram 23% das chamadas, percentual que, embora significativo, tende a cair à medida que a solução vai ganhando estabilidade.

206. Terceiro, porque, mesmo em caso de indisponibilidade total da solução, com a caracterização de urgência absoluta, haveria a possibilidade de contratar diretamente os fabricantes de forma emergencial para o restabelecimento da solução, conforme citado pelo Banco em sua resposta.

Das empresas Digi e Digivox

207. Após a reunião com os gestores do BB, foram solicitados, via **email**, o edital do pregão vencido pela Digi para fornecimento de licenças e outros contratos vigentes com as empresas Digi e Digivox (peça 35, p. 2). Em resposta, o Banco informou que somente o primeiro documento foi objeto de discussão na reunião, mas que encaminhou todos os documentos solicitados.

208. O Banco considerou a solicitação complementar questionável, porque as contratações anteriores da Digi não guardariam relação com a contratação em foco. Embora com esse questionamento sobre os motivos da requisição de informações, foram enviados os documentos solicitados relacionados com a Digi. Quanto à Digivox, contudo, nenhuma informação. O Banco simplesmente ignorou a solicitação.

209. O interesse referente aos outros contratos da Digi com o Banco parece evidente: se a representação trata de possível favorecimento a essa empresa, é natural conhecer se há outros contratos dela com o BB. A informação se presta para aquilatar a materialidade das relações financeiras entre a empresa e o Banco, especialmente para melhor compreensão das suas relações. Observa-se que os outros contratos da Digi atingem a quantia de R\$ 47.587.143,68 e um deles foi oriundo de inexigibilidade de licitação.

210. Em 2013, o Banco firmou o Contrato 2013/7419-2943 (peça 38, pp. 32-42) com a Digi no valor de R\$ 46.150.000,00 para o fornecimento de licenças, as mesmas que hoje são utilizadas para justificar a necessidade de credenciamento simultâneo junto aos fornecedores das licenças. Esta é uma condição que a favorece e que foi fundamental para a desclassificação de sua concorrente.

211. A empresa Digi possui sede em João Pessoa, Paraíba, e filial em Barueri, São Paulo. A Digi referida neste processo é a filial (peça 17, p. 1) e foi ela que firmou o sobredito Contrato 2013/7419-2943 com o Banco (peça 38, p. 32).

212. Chama a atenção o nome da empresa à época, 'Digi Soluções de Comunicação Ltda. – EPP' (peça 38, p. 32), o que sugere que era uma empresa de pequeno porte, cujo faturamento máximo é incompatível com um negócio de R\$ 46.500.000,00, valor do contrato assinado. Além disso, a filial foi aberta em 15/8/2013, poucos meses antes da assinatura do contrato (peças 38, p. 42, e peça 39, p. 1). Causa estranheza o Banco assinar um contrato desse montante com uma empresa recém-aberta e que iria ficar responsável pela manutenção da Cabb pelos próximos três anos.

213. Quanto à Digivox, observa-se que ela é citada no edital como uma das fabricantes de um dos componentes da Cabb (peça 1, p. 55, item 2.1.2). Contudo, não se exige credenciamento da futura empresa de prestação de serviços junto a essa fabricante, como ocorre com as demais. A relação entre a Digi e a Digivox restou evidenciada quando, por ocasião da sessão do presente pregão, a Digi solicitou que os documentos da TLD fossem enviados para um **email** da Digivox (peça 35, p. 29).

214. De acordo com os dados da Receita Federal, a Digi e a Digivox pertencem à mesma pessoa (peça 39). Durante a reunião com os gestores do BB, questionou-se acerca da Digivox, mas os presentes não souberam responder.

215. Como o Banco não enviou as informações solicitadas sobre esta empresa, não é possível avaliar a extensão das relações entre a Digi e a Digivox, nem dessas empresas com o Banco. No entanto, tendo em vista que há elementos suficientes para a emissão de uma opinião sobre o assunto aqui abordado, entende-se desnecessário o aprofundamento dessa questão, por ora.

CONCLUSÃO

216. Submete-se este parecer à consideração superior, com as conclusões abaixo listadas:

217.1. O objeto do PE 2017/04616 consiste na prestação de serviços de manutenção e suporte técnico para as tecnologias utilizadas no centro de relacionamento com o cliente do BB. Este centro, conhecido como solução Cabb, é composto por dois **datacenters** (DC), três **sites** e posições de atendimento (PA) descentralizadas geograficamente. Somente os dois primeiros componentes fazem parte do escopo da prestação dos serviços (parágrafos 147 a 153);

217.2. Para funcionar, a Cabb utiliza recursos tecnológicos de várias fabricantes, sendo que as principais são a Genesys, Verint, Audiocodes e Digivox. A controvérsia aqui analisada reside na legalidade da exigência de declaração das fabricantes Audiocodes, Genesys e Verint para a assinatura do contrato. Não foi exigida declaração da Digivox (parágrafos 153 a 154);

217.3. Não há dúvida de que o pregão em comento é processado sob a égide Lei 13.303/2016 e não, sob a Lei 8.666/1993, fonte da jurisprudência relacionada com a exigência de declaração de fabricante até a entrada em vigor da nova lei. A divergência reside na mudança ou não da jurisprudência relacionada com essa exigência, pois a representante foi impedida de assinar o contrato por não apresentar declarações de três fabricantes (parágrafos 155 a 157);

217.4. A exigência está relacionada com a aferição da capacidade técnica da licitante para a execução contratual e a Lei 13.303/2016 não trouxe inovações com relação a esse aspecto, mesmo porque a fonte primordial para o entendimento corrente é a própria CF de 1988, art. 37, inciso XXI. A determinação exarada por meio do item 9.2.1 do Acórdão 1.737/2016-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, continua plenamente válida para as licitações públicas do BB, apesar da mudança de legislação (parágrafos 158 a 165);

217.5. A inclusão sem justificativa desta exigência no edital do PE 2017/04616 evidencia que o Banco não cumpriu a determinação supracitada. Apesar da segregação de funções e das alçadas de decisões do ambiente de gestão do BB, em nenhum momento se destacou o risco de a exigência estar em desconformidade com esta determinação do TCU e que, por consequência, esse risco poderia causar a paralisação do certame, como, de fato, causou (parágrafos 166 a 170);

217.6. Neste momento processual, o Banco e a Digi trazem novas informações acerca da necessidade da exigência e do seu impacto na restrição da competitividade do certame. Não se discute

a importância do equipamento ou a possibilidade de prejuízos em virtude de falhas no seu funcionamento, conforme ressaltado por ambos, mas o modelo engendrado pelo Banco para a prestação dos serviços de suporte à infraestrutura tecnológica de seu **Call Center** (parágrafos 171 a 173);

217.7. De início, imputa-se irregular, neste modelo, a inclusão de exigência em desacordo com o determinado pelo TCU. O estudo técnico da contratação efetivado pelo BB é superficial quanto à pertinência da exigência, pois não foram exploradas outras possibilidades além daquela que a inclui (parágrafos 173 a 175);

217.8. Não foi explorada, por exemplo, a divisão do objeto em serviços avançados e serviços de níveis básico e intermediário, conforme sugerido pela Secex-SP. Essa divisão poderia mitigar o 'paradoxo do lucro-incompetência' presente no modelo criado pelo Banco. As dúvidas permanecem porque houve falhas no planejamento da contratação, que não foi realizado de acordo com as melhores práticas (parágrafos 176 a 179);

217.9. Não restou demonstrado ter havido avaliação das soluções disponíveis no mercado nem das atividades similares realizadas dentro da administração pública e sua ausência impede a avaliação da razoabilidade da exigência. Como existem 36 empresas do ramo, mas apenas três possuem o credenciamento simultâneo com as três fabricantes, é possível supor que esse não é um padrão de mercado (parágrafos 180 a 181);

217.10. Conforme mencionado, não se demonstrou que a exigência é um padrão de mercado e que, portanto, não representa um óbice para a participação de empresas interessadas em prestar os serviços. O BB pretende arguir que foi analisado o impacto desta exigência na restrição da competitividade do certame porque realizou processo de RFP, mas não há evidências de análise a esse respeito, e além disso, considerando o verificado pelo MPTCU, a conclusão inevitável seria de que era restritiva (parágrafos 182 a 186);

217.11. Não houve disputa na sessão de lances do PE 2017/04616, da qual participaram apenas três empresas, mas somente a Digi atendia à condição exigida de credenciamento. Das três empresas que possuem credenciamento simultâneo com as três fabricantes, somente a Digi participou do pregão (parágrafos 187 a 189);

217.12. O Banco informa que, para aumentar a possibilidade de disputa, incluiu dispositivo que prevê a possibilidade de subcontratação parcial das fabricantes. Se essa foi a intenção, os fatos mostraram que o resultado não foi satisfatório, pois, das 36 empresas credenciadas, apenas a Digi participou da disputa. Além disso, o dispositivo se mostra inócuo, porque, de qualquer maneira, se exigem as declarações para assinar contrato (parágrafos 191 a 192);

217.13. Embora o Banco e a Digi argumentem que o processo de credenciamento é aberto a quaisquer empresas interessadas, a verdade é que a TLD não assinou um contrato de R\$ 18 milhões por não apresentar as declarações exigidas. Os fatos indicam que a exigência foi restritiva à competitividade no certame, pois, no caso concreto, não houve disputa (parágrafos 193 a 194);

217.14. O valor da contratação foi estimado em R\$ 33.480.063,28 para 36 meses. Há vários problemas relacionados com essa estimativa de preços, que foi feita com base em consulta de preços de quatro fornecedores. Devido às falhas, não é possível afirmar que os preços estariam compatíveis com os praticados pelo mercado, conforme defende o Banco (parágrafos 195 a 198);

217.16. O BB alega que poderá haver paralisação do **Call Center**, caso os serviços de suporte não sejam contratados. Não há como negar o risco da ocorrência de prejuízos consideráveis para o Banco em caso de indisponibilidade total da solução, mas foi a opção dos gestores pelo conjunto de tecnologias que suportam a solução atual que gerou essa situação de dependência das fabricantes (parágrafos 199 a 206);

217.17. Foram solicitados, via **email**, o edital do pregão vencido pela Digi para fornecimento de licenças e outros contratos vigentes com as empresas Digi e Digivox. O Banco considerou a solicitação complementar questionável, mas enviou os documentos solicitados relacionados com a Digi. Quanto à Digivox, o Banco simplesmente ignorou a solicitação (parágrafos 207 a 208);



217.18. O interesse referente aos outros contratos da Digi com o Banco parece evidente: se a representação trata de possível favorecimento a essa empresa, é natural conhecer se há outros contratos dela. Observa-se que os contratos vigentes da Digi com o Banco atingem a quantia de R\$ 47.587.143,68 e um deles foi oriundo de inexigibilidade de licitação (parágrafo 209);

217.19. Além desses contratos, o Banco firmou, em 2013, o Contrato 2013/7419-2943 com a Digi no valor de R\$ 46.150.000,00 para o fornecimento de licenças, as mesmas que hoje são utilizadas para justificar a necessidade de credenciamento simultâneo junto aos fornecedores das licenças. Causa estranheza o Banco assinar um contrato desse montante com uma empresa de pequeno porte recém-aberta e que iria ficar responsável pela manutenção da Cabb pelos próximos três anos (parágrafos 210 a 212);

217.20. A empresa Digivox é citada no edital como uma das fabricantes de um dos componentes da Cabb, mas não se exige credenciamento da futura empresa de prestação de serviços junto a ela, como ocorre com as demais fabricantes. O interesse pela empresa se deve ao fato de que a Digi e a Digivox pertencem à mesma pessoa, mas, como o Banco não enviou as informações solicitadas, não é possível avaliar a extensão das relações entre essas empresas e o Banco (parágrafos 213 a 215);

217. Por fim, entende-se que o PE 2017/04616 deve ser anulado, considerando que:

- a) a exigência de credenciamento simultâneo junto às três fabricantes foi restritiva à competitividade;
- b) o Banco não cumpriu a determinação exarada por meio do item 9.2.1 do Acórdão 1.737/2016-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro;
- c) não houve disputa para a contratação do objeto do PE 2017/04616; e
- d) não é possível afirmar que os preços do pregão são compatíveis com os praticados no mercado nem avaliar se houve ou não favorecimento da empresa Digi, tendo em vista a insuficiência de informações constantes nos autos.”

É o relatório.

VOTO

Trata-se de representação apresentada pela empresa licitante TLD Teledata Tecnologia em Conectividade Ltda. em face do Pregão Eletrônico 2017/04616, conduzido pelo Banco do Brasil S.A., para a contratação de serviços de manutenção e suporte técnico para a solução de infraestrutura tecnológica integrada para a Central de Atendimento do Banco do Brasil (CABB).

2. Em apertada síntese, a representante alega ter vencido a etapa de lances segundo o critério de menor preço e, apesar de cumprido todos os requisitos de habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira e técnica estabelecidos no item 8 do edital, restou inabilitada por não ter apresentado a documentação complementar de aptidão técnica prevista no item 9 do edital, atinente à declaração de credenciamento de três fornecedores de **hardwares** e **softwares** que integram o sistema CABB.

3. Dessa forma, ao considerar inadequado o mencionado critério de habilitação, frisa que o objeto teria sido adjudicado à empresa Digi Soluções de Comunicação Ltda., em valor global 68% superior à proposta da peticionária, isto é, por R\$ 30,3 milhões em face dos R\$ 18 milhões que propusera, solicitando: (i) a concessão de medida cautelar para que fosse determinada a habilitação da representante, vez que sua desclassificação teria sido indevida; ou (ii) alternativamente a suspensão da licitação; para, no mérito (iii) reconhecer a procedência da representação com a declaração de habilitação da representante ou da nulidade do certame.

4. No despacho de peça 9, ao verificar os pressupostos de plausibilidade jurídica do pedido e de urgência na atuação, determinei, com base no art. 276 do RITCU, a suspensão cautelar do certame em análise, bem como a realização das oitivas do banco estatal e da empresa vencedora, medida que foi

referendada pelo Acórdão 519/2018-Plenário.

5. Em resposta, o Banco: (i) alega adotar a prática de segregação de funções para os procedimentos de compras; (ii) entende que o advento da Lei 13.303/2016 seria uma alteração legal capaz de distinguir o presente caso da situação tratada no Acórdão 1.737/2016-P; (iii) destaca a importância da solução CABB para justificar a necessidade do estabelecimento de requisitos técnicos para assegurar a regular execução do objeto; (iv) enfatiza a necessidade de serviços de suporte e manutenção credenciados, pois, do contrário, se estaria promovendo uma contratação inexecutável do ponto de vista técnico e, portanto, “*um atentado ao zelo pela coisa pública*”; (v) considera que não se trata da continuidade dos serviços do Pregão 15907/2013 (7419), sobre o qual versou o Acórdão 1737/2016-P, especificamente quanto à inadequação da exigência de credenciamento; (vi) aduz que, em respeito ao determinado anteriormente por esta Corte, realizou estudo técnico quanto ao impacto das exigências na competitividade do certame, por meio do processo de RFP (do inglês, **Request for Propose**), mediante o qual teria sido dado amplo conhecimento ao mercado do objeto que seria licitado, e cujo resultado teria evidenciado a regularidade dos critérios, já que quatro empresas teriam enviado propostas; (vii) menciona que incluiu no edital item que flexibilizava a subcontratação parcial, desde que diretamente com os fabricantes, o que teria aumentado a possibilidade de disputa no certame.

6. A seu turno, a empresa declarada vencedora, a Digi Soluções de Comunicação Ltda., argumentou, em suma, que o exigido pelo edital seria essencial ao cumprimento do contrato, já que os componentes da solução CABB se integram entre si e são customizadas de acordo com as regras de negócio definidas pelo cliente. Sendo assim, o contratado, que assume o papel de integrador das tecnologias envolvidas, necessitaria ter parceria e conhecimento amplo das plataformas.

7. Defende que a falta de credenciamento levaria à não realização de serviços essenciais, com consequente prejuízo financeiro para o Banco, pois, ainda que a estatal possua profissionais certificados em seu corpo técnico, eles não teriam acesso às atualizações de versões dos fabricantes por não ser uma entidade credenciada.

8. Ao examinar as razões apresentadas, a Secex/SP destacou, por relevantes, os pontos a seguir transcritos:

“i) não se sabe até onde a exigência de credenciamento simultâneo junto a três fabricantes foi fator restritivo à competição;

ii) considerando a amplitude do mercado de tecnologia da informação, houve, de fato, baixa competitividade no certame, com a participação de apenas três empresas disputando um contrato com valor significativo;

iii) das três empresas participantes, evidenciou-se que apenas uma estava em condições de cumprir as exigências do item 9.2.1 do edital.

iv) essa única empresa, segunda colocada na etapa de lances e declarada vencedora em função da inabilitação da primeira, é a mesma que, na condição de autorizada dos fabricantes, forneceu os itens de atualização e modernização da Central de Atendimento do Banco do Brasil;

v) a diferença de preço da proposta final da empresa declarada vencedora, de R\$ 30.320.000,00 para a proposta da empresa inabilitada, de R\$ 18.000.000,00, é de R\$ 12.320.000,00, maior em 68,4%;

vi) o valor da proposta final da licitante vencedora, de R\$ 30.320.000,00, é 227,1% superior ao valor do contrato anterior de manutenção da Central de Atendimento do Banco do Brasil, firmado em 2013 por R\$ 9.271.125,00;

vii) o Banco do Brasil não divulgou o orçamento de referência para a contratação, de tal forma que não se pode avaliar se o preço da empresa inabilitada seria inexecutável ou se há possível sobrepreço na proposta da empresa vencedora; e

viii) ante a falta de orçamento detalhado também não foi possível avaliar a diferença de 227,1% a maior do valor do pregão atual em relação ao valor do contrato anterior de manutenção da CABB”.

9. A unidade instrutiva concluiu, então, que as mencionadas fragilidades impõem graves riscos à contratação, propondo que seja assinado prazo para a anulação da licitação, bem como determinações para a correção das desconformidades constatadas, caso opte pela reedição do certame.

10. O MPTCU manifestou-se em linha de concordância com a sugestão da Secex/SP. Para tanto, rememorou que a matéria de fundo aqui tratada é equivalente à do TC 001.418/2014-9, também de minha relatoria, tendo sido considerada ilegal a exigência injustificada de credenciamento pelo Acórdão 1.737/2016-Plenário, que, em razão disso, exarou determinação ao banco estatal para que se abstivesse de exigir esse tipo de critério de habilitação técnica sem justificativa expressa.

11. Ressalta que a mencionada decisão somente não determinou a anulação do certame em análise naquela oportunidade devido ao longo transcurso do tempo, tendo o julgado sido prolatado quando já havia contrato em avançado estágio de execução.

12. Tendo em vista a especificidade da matéria, solicitei, ainda, o pronunciamento da Sefti, que considerou, além dos pronunciamentos precedentes, os esclarecimentos prestados por técnicos do Banco em reunião com os auditores dessa unidade técnica, bem como as informações complementares fornecidas pela estatal.

13. Reforçou o posicionamento de que o objeto do pregão em análise e o que foi analisado pelo mencionado Acórdão 1.737/2016-Plenário, que concluiu pela inadequação da exigência de credenciamento, possuem mesma natureza, isto é, ambos visam a prestação de serviços de suporte para a infraestrutura de **call center**.

14. Quanto ao fato de os certames terem sido processados na vigência de arcabouço normativo distinto, ressaltou que a origem do mandamento de que somente devem ser exigidos critérios de qualificação técnica indispensáveis ao cumprimento das obrigações possui assento constitucional e que, via de regra, o credenciamento de fornecedores junto às fabricantes não o é, como já amplamente discutido nesta Corte, para concluir:

“(...) que a determinação exarada por meio do item 9.2.1 do Acórdão 1.737/2016-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, continua plenamente válida para as licitações públicas do BB, apesar da mudança de legislação.

(...) A conclusão a que se chega é que o Banco não cumpriu a determinação contida item 9.2.1 do Acórdão 1.737/2016-Plenário, prolatado em sessão plenária de 6/7/2016, sob a relatoria do Ministro José Múcio Monteiro. E, apesar da segregação de funções e das alçadas de decisões, conforme informou o BB a respeito de sua organização, em nenhum momento se destacou o risco de a exigência estar em desconformidade com esta determinação do TCU e que, por consequência, esse risco poderia causar a paralisação do certame, como, de fato, causou.”

15. Apontou, ainda, que não houve justificativas para a exigência de credenciamento, nem no edital nem no projeto básico, ou no estudo técnico ao qual o Banco e a Digi fazem menção, impedindo que se conclua pela razoabilidade dessa prática, que deve ser excepcional.

16. Quanto à alegação do Banco de que a submissão dos requisitos da contratação ao público mediante o processo de RFP afastaria a configuração de restrição à competitividade, mormente pelo fato de quatro empresas terem apresentado propostas, esclarece que, dentre essas quatro, apenas uma consta da lista entregue pelo Banco com todas as sociedades que possuem credenciamento e, ainda assim, esta não teria sido apta à contratação porque possuía apenas um, e não três credenciamentos, como exigido. Assere que houve, sim, restrição à competitividade pela exigência de credenciamento simultâneo junto a três fabricantes, asseverando, ainda, que, *“no caso concreto, não houve disputa real para a contratação com a administração”*.

17. Por derradeiro, ainda chamou a atenção para o risco de sobrepreço na contratação, tendo em vista a série de problemas que aponta com relação à estimativa realizada pelo Banco, ressaltando, especialmente, que *“não foram pesquisados preços de serviços semelhantes, nem na administração pública nem na área privada”*.

18. Feito esse necessário histórico, que envolveu a participação de diversos atores, dada a especificidade da matéria tratada, passo a decidir.

19. Com razão as unidades técnicas e o **parquet**, motivo pelo qual incorporo os pareceres uníssomos às minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as seguintes considerações.

20. De início, destaco que o cerne da discussão ora travada é o mesmo do referido TC 001.418/2014-9, diferentemente do que apregoam os justificantes, tendo em vista que também cuidava de licitação de infraestrutura tecnológica conduzida pelo Banco Brasil, em que se exigia o credenciamento junto a fornecedores como requisito de aptidão técnica.

21. Em acréscimo, reforço as opiniões precedentes de que o argumento aduzido pelo Banco estatal de que a alteração do arcabouço normativo regente da matéria, por ocasião da publicação da Lei 13.303/2016, teria mudado o cenário julgado pelo Acórdão 1.737/2016-P, não se presta a justificar a reiteração da conduta inquinada.

22. Isso porque, como visto, o mandamento de que somente se pode exigir documentação estritamente necessária ao cumprimento do objeto possui, como visto, estatura constitucional (v.g. arts. 37, inciso XXI, e 173), e, sendo assim, não poderia, de forma alguma, ser revogado por qualquer norma infraconstitucional. Ainda que esse argumento basilar, que fornece estabilidade a todo o ordenamento jurídico, passasse despercebido, observo ainda que, nesse aspecto, os dois diplomas normativos se equivalem, o que se verifica compulsando os arts. 31 e 58, inciso II, da Lei 13.303/2016 com os arts. 3º e 30 da Lei 8.666/1993.

23. Sendo assim, já tendo se pronunciado o Tribunal especificamente sobre objeto de natureza similar submetido à licitação pelo mesmo banco estatal, e não havendo razões nos autos que justifiquem a exigência de credenciamento, demonstra-se a inadequação formal do mencionado critério de capacidade técnica.

24. Sob a perspectiva material, isto é, dos efeitos da mencionada exigência para o caso concreto, os dados colhidos perante o próprio condutor do certame desvelam a potencial restrição à competitividade decorrente dessa prática: de uma lista de 36 empresas credenciadas por pelo menos um dos fabricantes das soluções que integram o CABB, somente três empresas – Digi Soluções, Infosys e Interaxa – preenchem o critério exigido pelo edital, isto é, o cadastramento simultâneo junto aos três fornecedores. Conforme bem observou o **parquet**:

“ (...) da relação de fornecedoras consolidada na tabela acima, constam empresas como Accenture, Oracle e IBM, que, a despeito de serem gigantes multinacionais que atuam no mercado de Tecnologia da Informação (TI), também não possuem credenciamento simultâneo dos três fabricantes das soluções utilizadas no CABB. No entanto, não é razoável supor que empresas desse porte não seriam capazes de prestar os serviços de manutenção pretendidos pelo banco.” (grifos acrescidos)

25. Some-se a isso, o fato de que não houve, como observado, propriamente competitividade no certame em análise: apenas três empresas ofereceram proposta – TLD, Digi e BR Voice – e, dentre elas, somente a vencedora atendia ao requisito do credenciamento.

26. A esse respeito, ainda merece explicitar que o fato de o Banco ter realizado o processo de RFP em nada atenua a desconformidade observada, pois nenhuma das empresas participantes atendia ao critério simultâneo. O fato de o edital ter permitido subcontratação parcial também não altera o cenário, já que o requisito de qualificação técnica continuou sendo verificado no processamento da licitação, alijando do procedimento aqueles que não fossem cadastrados.

27. Em resumo, conclui-se tratar de uma licitação em que restaram frustradas todas as finalidades que a lei expressamente lhe impõe, a teor do art. 31 da Lei 13.303/2016: com exigência de credenciamento, prática já rechaçada pela jurisprudência deste Tribunal; sem competitividade prática, pois que a única empresa participante que atendia aos requisitos de capacidade técnica foi a vencedora do certame; e com indícios de sobrepreço, já que a estimativa do banco não se baseou em coleta de valores de mercado, e o certame foi adjudicado por valor 68% maior que o oferecido pela segunda colocada.

28. Por derradeiro, impende informar que não há como acatar o pedido da representante de manutenção de sua habilitação, eis que o reconhecimento dos vícios à competitividade macula o procedimento licitatório desde sua origem, de tal sorte que apenas a realização de um novo certame,



livre das mencionadas desconformidades, pode oportunizar a participação de outras empresas que teriam sido afastadas da disputa em razão do requisito de credenciamento indevidamente exigido pelo Banco.

Ante o exposto, consoante os pareceres antecedentes, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto ao Plenário, para determinar a anulação do certame em análise, diante dos sérios indícios de restrição à competitividade constatados.

ACÓRDÃO Nº 2301/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 005.760/2018-6.
2. Grupo I - Classe VII - Representação
3. Representante: TLD Teledata Tecnologia em Conectividade Ltda. (CNPJ 80.043.904/0001-33)
- 3.1. Interessada: Digi Soluções de Comunicação Ltda. (CNPJ 06.126.611/0002-48)
4. Unidade: Banco do Brasil S.A.
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé
7. Unidades Técnicas: Secex/SP e Sefti
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação apresentada em face do Pregão Eletrônico 2017/04616, conduzido pelo Banco do Brasil S.A., para a contratação de serviços de manutenção e suporte técnico para a solução de infraestrutura tecnológica integrada para a Central de Atendimento do Banco do Brasil (CABB).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 71, inciso IX, da CRFB/1988, combinado com o art. 45, **caput**, da Lei 8.443/1992, combinados com os arts. 235, **caput**; 237, inciso VII, e parágrafo único; e 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e com o art. 87, § 1º, da Lei 13.303/2016, em:

- 9.1. conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la procedente;
- 9.2. assinar prazo de 15 (quinze) dias para que o Banco do Brasil adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o Pregão Eletrônico 2017/04616 (7421) e os atos dele decorrentes, informando a esta Corte, no mesmo prazo, as medidas adotadas;
- 9.3. determinar ao Banco do Brasil que, caso opte pela reedição do Pregão Eletrônico 2017/04616 (7421), encaminhe ao Tribunal cópia do respectivo edital, previamente à sua publicação, indicando expressamente as modificações feitas nesse instrumento ou no respectivo termo de referência de forma a elidir as irregularidades observadas, e, especialmente, que:
 - 9.3.1. se abstenha de incluir exigências para habilitação técnica relativas ao credenciamento junto aos fabricantes sem expressa justificativa no processo licitatório e sem prévio exame conclusivo e cabalmente demonstrado do impacto dessa exigência na restrição da competitividade do certame;
 - 9.3.2. faça juntar aos autos do procedimento licitatório sua estimativa de custos; e
 - 9.3.3. realize estudos e institua requisitos de qualificação técnica suficientes para resguardar os interesses da instituição sem que esses elementos venham causar restrição ao caráter competitivo do certame;
- 9.4. dar ciência deste acórdão à representante, à empresa Digi Soluções de Comunicação Ltda. e ao Banco do Brasil;
- 9.5. arquivar o presente processo.



10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2301-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC-017.365/2015-5

Natureza: Desestatização

Unidades: Agência Nacional de Energia Elétrica e Ministério de Minas e Energia

SUMÁRIO: DESESTATIZAÇÃO. CELG DISTRIBUIÇÃO S.A. (CELG-D). ACOMPANHAMENTO NOS TERMOS DA IN TCU 27/1998. ANÁLISE DO QUINTO ESTÁGIO. APROVAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos do acompanhamento do quinto estágio do processo de privatização da Celg Distribuição S.A. (Celg-D), concessionária de energia do Estado de Goiás, conforme prescrito pela IN TCU 27/1998.

2. Reproduce-se, a seguir, a instrução realizada pela SeinfraElétrica, que recebeu a anuência do corpo diretivo da unidade:

“2. No âmbito do Tribunal de Contas da União, a matéria ora em análise está disciplinada pela Instrução Normativa (IN) TCU 27/1998, que dispõe sobre o acompanhamento concomitante dos processos de privatização, realizados em cinco estágios, por meio de análise de documentação remetida pela autoridade competente pelo procedimento de privatização.

3. A análise dos quatro estágios iniciais deu origem aos Acórdãos 2054/2016-Plenário e 3064/2016-Plenário (ambos de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro), que considerou atendidos os requisitos previstos nos incisos I a IV do art. 2º da IN TCU 27/1998 e restituiu os autos a esta SeinfraElétrica para prosseguimento ao acompanhamento do quinto estágio.

EXAME TÉCNICO

4. Em consonância com o disposto no art. 2º, inciso V, da IN TCU 27/1998, no quinto estágio de privatização são analisados os seguintes documentos:

‘V - Quinto estágio:

a) relatório contendo preço final de venda, prazos, condições e moedas de privatização utilizadas para liquidação financeira da operação; relação dos adquirentes, com indicação de tipos, preços e quantidades de ações adquiridas; data, valor e condições do financiamento concedido por instituição pública para privatização da empresa;

b) parecer dos auditores independentes, acompanhado de relatório circunstanciado, contendo análise e avaliação quanto aos seguintes aspectos, dentre outros: observância dos dispositivos legais pertinentes; igualdade de tratamento dispensado aos concorrentes e regularidade dos procedimentos na fase de qualificação dos candidatos.’

5. Nesta etapa da fiscalização também se avalia o cumprimento do art. 6º da IN TCU 27/1998:

‘Após realizada a privatização, deverá ser encaminhado ao Tribunal de Contas da União demonstrativo indicando a totalidade dos recursos arrecadados sob forma de moeda corrente ou de privatização; discriminação de todas as deduções realizadas na operação, inclusive as referentes a despesas administrativas e promocionais; e os valores líquidos transferidos ao alienante ou ao órgão ou entidade federal concedente, conforme o caso.’

6. Para atender as demandas acima, o BNDES, na qualidade de gestor do processo de privatização da Celg, encaminhou ao MME, que, posteriormente submeteu ao TCU, os Ofícios AD/DEADE3 n. 10/2017 (peça 86), contendo o Relatório sobre Liquidação Financeira do Processo de Desestatização da Celg Distribuidora S.A. e o Relatório Final com Parecer do Auditor do Processo de Desestatização da Celg-D, e AD/DEADE3 n. 12/2017 (peça 87), contendo o Relatório com o demonstrativo da totalidade dos recursos arrecadados, discriminação das deduções realizadas e os valores líquidos transferidos aos alienantes do Processo de Desestatização da Celg Distribuidora S.A..

7. Conforme estabelecido no item 1.3 do Edital do Leilão, o processo de alienação do controle acionário da Celg-D foi realizado em duas etapas: (i) oferta de lote único de 142.933.812 ações ordinárias e (ii) oferta de 7.676.127 ações ordinárias aos empregados e aposentados, conforme detalhado na Tabela 1.

Tabela 1 – Quantidade de ações ofertadas no leilão

Ações Ofertadas no Processo de Desestatização	Número de Ações	Participação Acionária
Total de Ações Celg-D	150.711,576	100,00000%
Ações Eletrobras Ofertadas no Leilão	69.085.140	45,83931%
Ações CelgPar Ofertadas no Leilão	73.848.672	49,00000%
Ações Eletrobras Ofertadas aos Empregados e Aposentados	7.676.127	5,09326%
Total	150.609.939	99,93256%

Fonte: peça 86, p. 7.

8. Em 30/11/2016 foi realizada a Sessão Pública do Leilão designada para a abertura das propostas econômicas, tendo logrado êxito no certame a empresa Enel Brasil S.A., que apresentou o valor de R\$ 2.187.000.000,00 para a aquisição da integralidade das ações da Eletrobras (exceto as ofertadas aos empregados e aposentados) e da CelgPar, que representou um ágio de aproximadamente 28% sobre o valor mínimo de avaliação da empresa.

9. Na oferta de ações aos empregados e aposentados da Celg-D foram alienadas 7.676.127 ações ordinárias de emissão da CELG-D, representativas de 10% (dez por cento) do capital social total e votante da CELG-D de titularidade da Eletrobras na data do Leilão por R\$ 82.595.126,52, considerando a compra de 86.088 ações pelos empregados e aposentados, pelo valor de R\$ 10,76 por ação, totalizando R\$ 926.306,88, e a compra, pela Enel Brasil S.A., das sobras dessa oferta - 7.590.039 ações - também pelo valor de R\$ 10,76 por ação, somando R\$ 81.668.819,64, conforme previsto no edital.

10. Conforme evento constante do edital de alienação e no comunicado relevante n. 05/2016, publicado na página do BNDES em 30/1/2017, a Enel BRASIL S.A. efetuou, por meio de sua corretora, o pagamento, em moeda nacional, correspondente à liquidação do Leilão para a transferência do controle da CELG-D em 14/2/2017 (peça 86, p. 9).

11. O total de recursos arrecadados com a privatização da Celg-D foi de R\$ 2.269.595.126,52.

12. Em conformidade com o Decreto 2.594/98, os valores a serem ressarcidos a título de gastos com os serviços de auditoria do processo, publicidade do processo e os serviços especializados de consultoria e outros necessários à execução do projeto de desestatização estão sintetizados na Tabela 2 (peça 87, p. 10).

Tabela 2 – Serviços necessários à privatização da Celg-D



Serviços	Valores
Serviços de Estruturação da Desestatização — International Finance Corporation	R\$ 10.904.864,98
Serviços de Auditoria Externa do Processo de Desestatização - UHY Moreira - Auditores	R\$ 208.001,16
Serviços Especializados e Apoio técnico para a Alienação das ações - BM&F BOVESPA	R\$ 564.896,83
Serviços de Publicidade do Processo de Desestatização da CELG D	R\$ 1.129.801,58
Total	R\$ 12.807.564,55

Fonte: peça 89, p. 10.

13. A Tabela 3 indica o cálculo da remuneração devida ao BNDES, como Gestor do Fundo Nacional de Desestatização, no valor de 0,2% do valor líquido da alienação com base no montante estimado em 14/02/2017.

Tabela 3 – Remuneração do BNDES

(+) Valor arrecadado no Leilão	R\$ 2.187.000.000,00
(+) Oferta aos empregados e aposentados	R\$ 82.595.126,52
(-) Custos do processo de desestatização	R\$ 12.807.564,55
Base de cálculo para a remuneração	R\$ 2.256.787.561,97
Remuneração BNDES (0,2%)	R\$ 4.513.575,12

Fonte: peça 89, p. 11.

14. Dessa forma, após deduções dos custos do processo e do imposto de renda, os valores líquidos transferidos aos alienantes foram de R\$ 1.065.266.144,40 para a Eletrobras e R\$ 1.104.303.365,93 para a CelgPar (peça 87, pp. 12-14).

15. Por fim, o Relatório Final de Auditoria (peça 86, pp. 19-42) elaborado pela auditoria externa contratada pelo BNDES, UHY Moreira – Auditores, contém parecer pela regularidade do processo de privatização da Celg-D. Essa auditoria constatou que foram observadas todas as normas legais e regulamentadoras aplicáveis ao processo, bem como destacou que todos os atos praticados moldaram-se pelos princípios de equidade e transparência no tratamento dispensado aos interessados e na divulgação de informações.

16. Desta feita, considerando que foram encaminhados todos os documentos relacionados ao quinto estágio e que não foram identificadas irregularidades nas operações realizadas, propõe-se considerar, com fundamento no art. 258, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, sob o ponto de vista formal, o Ministério de Minas e Energia atendeu os requisitos previstos no art. 2º, inciso V, da Instrução Normativa TCU 27/1998, para a privatização da Celg-D.

17. Por fim, importa ressaltar que, no âmbito do TC 003.379/2015-9, está sendo realizado, em atenção ao subitem 9.9 do Acórdão 2.253/2015-TCU-Plenário, o exame das ações da Aneel quanto ao cumprimento dos critérios de qualidade e sustentabilidade econômico-financeira dos contratos de distribuição prorrogados por força do art. 7º da Lei 12.783/2015 e do Decreto 8.461/2013, normativos esses que permitiram a prorrogação do contrato de concessão da CELG-D associada à venda da distribuidora. Portanto, naquele foro processual será examinado e submetido ao Relator o desempenho do novo concessionário (ENEL) no cumprimento dos requisitos de qualidade e sustentabilidade, bem como das eventuais ações da Aneel no caso de descumprimento desses requisitos.

CONCLUSÃO

18. O presente processo cuidou do acompanhamento do quinto estágio da privatização da distribuidora de energia Celg-D.



19. As operações realizadas nesta privatização arrecadaram R\$ 2.269.595.126,52. Deste montante, R\$ 82.595.126,52 decorrem da oferta de ações a empregados e aposentados da companhia. Os outros R\$ 2.268.668.819,65 referem-se à aquisição de ações (lote único mais sobra das ações ofertadas aos empregados e aposentados) pela empresa Enel Brasil S.A..

20. Por fim, o Relatório Final de Auditoria (peça 86, pp. 19-42) elaborado pela auditoria externa contratada pelo BNDES, UHY Moreira – Auditores, contém parecer pela regularidade do processo de privatização da Celg-D.

21. Propõe-se, portanto, considerar, com fundamento no art. 258, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, sob o ponto de vista formal, o Ministério de Minas e Energia atendeu os requisitos previstos no art. 2º, inciso V, da Instrução Normativa TCU 27/1998, para a privatização da Celg-D;

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

22. Ante todo o exposto, submetem-se os autos ao gabinete do Ministro-Relator José Múcio Monteiro com as seguintes propostas:

a) considerar, com fundamento no art. 258, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, sob o ponto de vista formal, o Ministério de Minas e Energia atendeu os requisitos previstos no art. 2º, inciso V, da Instrução Normativa TCU 27/1998, para a privatização da Celg-D; e

b) dar ciência ao Ministério de Minas e Energia e Agência Nacional de Energia Elétrica do inteiro teor da deliberação definitiva neste processo;

c) arquivar o presente processo.”

É o relatório.

VOTO

Trago à apreciação o acompanhamento do quinto estágio do processo de desestatização da Celg Distribuição S.A. (Celg-D), concessionária de energia do Estado de Goiás, conforme prescrito pela IN TCU 27/1998.

2. O procedimento de alienação do controle acionário da Celg-D, a teor do item 1.3 do edital, foi realizado em duas etapas: (i) oferta de lote único de 142.933.812 ações ordinárias e (ii) oferta de 7.676.127 ações ordinárias aos empregados e aposentados.

3. A sessão pública do leilão de abertura das propostas econômicas foi realizada em 30/11/2016, tendo sido declarada vencedora no certame a empresa Enel Brasil S.A., que apresentou o valor de R\$ 2.187.000.000,00 para a aquisição da integralidade das ações da Eletrobras (reservada a parcela ofertada aos empregados e aposentados) e da CelgPar, o que representou um ágio de 28% sobre o montante de avaliação da empresa.

4. Já com relação à oferta de ações aos empregados e aposentados da Celg-D, foram alienadas 86.088 ações, pelo valor de R\$ 10,76 cada, totalizando R\$ 926.306,88, tendo sido o restante arrematado pelo Enel Brasil S.A. ao mesmo valor individual, somando R\$ 81.668.819,64.

5. Após as deduções dos custos do processo e do imposto de renda, os valores transferidos aos alienantes foram de R\$ 1.065.266.144,40 para a Eletrobras, e de R\$ 1.104.303.365,93 para a CelgPar.

6. Sendo assim, considerando a análise da unidade técnica, que constatou terem sido encaminhados todos os documentos previstos no art. 2º, inciso V, da IN TCU 27/1998, e não tendo sido identificadas irregularidades, acato a proposta de considerar, sob o ponto de vista formal, que o Ministério de Minas e Energia e a Aneel atenderam aos requisitos exigidos para a desestatização em análise.

Do exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto ao Plenário.



ACÓRDÃO Nº 2302/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.365/2015-5
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Desestatização
3. Interessado: Tribunal de Contas da União
4. Unidades: Agência Nacional de Energia Elétrica e Ministério de Minas e Energia
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SeinfraElétrica
8. Advogado constituído nos autos: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de desestatização, respeitante ao quinto estágio do processo de alienação do controle acionário da Celg Distribuição S.A.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 258, inciso II, do Regimento Interno do TCU e na Instrução Normativa TCU 27/1998, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar atendidos os requisitos previstos no inciso V do art. 2º da Instrução Normativa TCU 27/1998 para a privatização da Celg-D;

9.2. dar ciência desta decisão à Agência Nacional de Energia Elétrica e ao Ministério de Minas e Energia;

9.3. arquivar o processo.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2302-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 028.487/2017-6

Natureza: Pedido de Reexame (em Aposentadoria)

Recorrentes: Neusa Baldasso Pires da Costa, Nilo Manoel Mattia, Nívian Terezinha Fontoura de Barros, Norma Leal Podolsky Paes e Paulo Ari Benício

Unidade: Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME. APOSENTADORIA. INCLUSÃO, NOS PROVENTOS, DE PARCELA DE NATUREZA **PRO LABORE FACIENDO**, IMUNE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALHA SUPERVENIENTE AO INÍCIO DA VIGÊNCIA DAS APOSENTAÇÕES. LEGALIDADE E REGISTRO DOS ATOS. DETERMINAÇÃO PARA AJUSTE DOS PROVENTOS. LIMINARES EM MANDADOS DE SEGURANÇA DO STF QUE MANTÊM O PAGAMENTO DA RUBRICA. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS. SUSPENSÃO DA DETERMINAÇÃO DESTA CORTE DE CONTAS. ACOMPANHAMENTO DA AÇÃO JUDICIAL.



RELATÓRIO

Cuida-se de pedidos de reexame formulados por Neusa Baldasso Pires da Costa, Nilo Manoel Mattia, Nívian Terezinha Fontoura de Barros, Norma Leal Podolsky Paes e Paulo Ari Benício contra o Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), que considerou legais seus atos de aposentadoria, mas determinou o ajuste dos proventos, com a cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017.

2. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, o Auditor Federal de Controle Externo encarregado da instrução dos autos opinou pela negativa de provimento dos recursos, como segue:

“Trata-se de pedidos de reexame interpostos por Neusa Baldasso Pires da Costa (peça 20), Nilo Manoel Mattia (peça 26), Norma Leal Podolsky Paes (peça 17), Nívian Terezinha Fontoura de Barros (peça 23) e Paulo Ari Benício (peça 21), ex-servidores da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Rio Grande do Sul, contra o Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler (peça 11).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

‘VISTOS, relatados e discutidos estes autos de aposentadorias concedidas pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Rio Grande do Sul.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 71, inciso III, da Constituição Federal e nos arts. 1º, inciso V, 39, inciso II, e 45 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, em:

9.1. considerar legais os atos de aposentadoria de Neusa Baldasso Pires da Costa, Nilo Manoel Mattia, Norma Leal Podolsky Paes, Nívian Terezinha Fontoura de Barros e Paulo Ari Benício, ordenando seu registro;

9.2. determinar à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal e 6º, § 2º, da Resolução TCU 206/2007, que:

*9.2.1. faça cessar, no prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da ciência desta deliberação, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa, o pagamento aos inativos Neusa Baldasso Pires da Costa, Nilo Manoel Mattia, Norma Leal Podolsky Paes, Nívian Terezinha Fontoura de Barros e Paulo Ari Benício do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017, por incompatível com o art. 40, caput e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal, dada a expressa exclusão da vantagem, de caráter **pro labore faciendo**, da base de cálculo de contribuição previdenciária;*

9.2.2. dê ciência do inteiro teor desta deliberação aos interessados, alertando-os de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos, caso não providos, não os exime da devolução dos valores indevidamente percebidos após a notificação;

9.2.3. envie a esta Corte de Contas, no prazo de 30 (trinta) dias, por cópia, comprovante de que Neusa Baldasso Pires da Costa, Nilo Manoel Mattia, Norma Leal Podolsky Paes, Nívian Terezinha Fontoura de Barros e Paulo Ari Benício tiveram ciência desta deliberação;

9.3. determinar à Sefip que monitore o cumprimento das medidas indicadas acima.’

HISTÓRICO

2. Entendeu-se indevido o pagamento aos recorrentes do chamado Bônus de Eficiência e Produtividade, ainda que encontre previsão em dispositivos da Lei 13.464/2017, porquanto essa mesma lei exclui a vantagem da base de cálculo da contribuição previdenciária dos segurados:

‘Art. 17. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho por servidor, na proporção de 1 (um inteiro).

§ 1º Os servidores ativos em efetivo exercício no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho



proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela 'b' do Anexo III desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no **caput** deste artigo.

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela 'b' do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no **caput** deste artigo.

§ 3º Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no **caput** deste artigo:

I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela 'b' do Anexo III desta Lei, aplicando-se o disposto na tabela 'b' do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída;

II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela 'b' do Anexo IV desta Lei.

(...)

Art. 24. O valor do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho não integrará o vencimento básico, não servirá de base de cálculo para adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem pecuniária e não constituirá base de cálculo de contribuição previdenciária.'

ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames de admissibilidade realizados pelo Sar/Serur (peças 27 a 31), que opinou pelo conhecimento dos recursos, nos termos do art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos do item 9.2.1 do Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler). O Ministro José Múcio Monteiro, mediante despacho de peça 33, concordou com esta unidade técnica.

EXAME DE MÉRITO

Delimitação

4. Constitui objeto do presente recurso definir se:

a) este Tribunal deveria ter realizado a oitiva prévia dos recorrentes antes da prolação do acórdão ora recorrido, que apreciou seus atos de aposentadoria;

b) esta Corte de Contas tem competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade;

c) a natureza jurídica do instituto 'bônus de eficiência e produtividade' é eminentemente indenizatória;

d) a decisão ora combatida é prejudicial para a União;

e) pela Lei Previdenciária, não incidiria a contribuição previdenciária sobre o 'bônus de eficiência e produtividade'.

5. Da oitiva prévia dos recorrentes

5.1. Defendeu-se que o acórdão recorrido seria nulo, eis que a Sefip, em nenhum momento, notificou os recorrentes para apresentarem manifestação preliminar.

Análise:

5.2. Rejeita-se, desde já, o argumento de ter havido violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em virtude de não ter sido oportunizado aos ora recorrentes o direito de se manifestarem nos autos antes da prolação do acórdão contestado, porquanto o entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante 3 do STF expressamente excepciona a observância do contraditório e da ampla defesa previamente ao julgamento do TCU, nesses termos:

'Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o



interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão.’

5.3. Assim, nos termos da referida súmula, o STF, ao julgar os MS 25.116 e 25.403, confirmou seu entendimento no sentido de que a Corte de Contas, nos processos de registro de aposentadoria, reforma e pensão, deve oportunizar o contraditório à parte interessada somente nos casos em que haja ultrapassado o lapso quinquenal para o julgamento do TCU. Na oportunidade, restou decidido, ainda, que o prazo não deve ser contado a partir da concessão do benefício, mas apenas do momento em que o ato foi encaminhado ao Tribunal de Contas da União para registro, pois somente a partir daí a Corte de Contas teria ciência dos motivos que levaram à sua edição.

5.4. Com base nesse entendimento, por intermédio do Acórdão 587/2011-TCU-Plenário (Relator Ministro Valmir Campelo) este Tribunal definiu a seguinte sistemática para apreciação dos atos sujeitos a registro:

‘O TCU, diante de constatação que possa levar à negativa de registro de ato de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, deve assegurar aos beneficiários a oportunidade do uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sempre que transcorrido lapso temporal superior a cinco anos quando da apreciação.’

5.5. A tabela abaixo esquematiza as datas relevantes de disponibilização ao TCU dos atos de aposentadoria dos recorrentes:

Interessado	Data de disponibilização do ato ao TCU	Localização da peça nos autos
Neusa Baldasso Pires da Costa	7/3/2017	peça 2
Nilo Manoel Mattia	14/3/2107	peça 3
Norma Leal Podolsky Paes	13/7/2017	peça 4
Nívian Terezinha Fontoura de Barros	7/3/2017	peça 5
Paulo Ari Benício	13/7/2017	peça 6

5.6. O julgamento de todos os atos ocorreu em 12/12/2017, em Sessão realizada pelo Plenário, dentro, portanto, do referido prazo de 5 (cinco) anos.

5.7. Nesse contexto, verifica-se que esta Corte de Contas julgou os atos concessórios dos recorrentes dentro do quinquênio legal, em consonância com a orientação da Corte Suprema, devendo, deste modo, não ser acatado o argumento de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

5.8. Cabe esclarecer que esta Corte de Contas não intima pessoalmente a parte acerca da data em que será julgado processo de seu interesse. Tal fato não ofende qualquer princípio constitucional ligado à defesa, uma vez que a publicação da pauta de julgamentos no Diário Oficial da União é suficiente para conferir publicidade ao ato processual. Tal exegese encontra amparo em deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de Agravo Regimental em Mandado de Segurança (MS AgR 26.732/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia), conforme excerto a seguir transcrito:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DATA DA SESSÃO. DESNECESSIDADE.

1. Não se faz necessária a notificação prévia e pessoal da data em que será realizada a sessão de julgamento de recurso de reconsideração pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal quando a pauta de julgamentos é publicada no Diário Oficial da União.

2. O pedido de sustentação oral pode ser feito, conforme autoriza o art. 168 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, até quatro horas antes da sessão. Para tanto, é necessário



que os interessados no julgamento acompanhem o andamento do processo e as publicações feitas no Diário Oficial da União.

3. *Agravo regimental ao qual se nega provimento.*’

5.9. *Nessa ordem de ideias, é de se propor a rejeição dos argumentos dos recorrentes.*

6. *Da competência do TCU para o controle incidental de constitucionalidade*

6.1. *Defendeu-se que este Tribunal não tem competência para exercer o controle incidental de constitucionalidade.*

Análise:

6.2. *A competência do TCU para a realização do controle incidental de constitucionalidade foi minuciosamente esclarecida pelo relator a quo, nos seguintes termos:*

‘6. Em preliminar, acerca da possibilidade de esta Corte proceder ao exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, hipótese, aliás, expressamente prevista no § 2º do art. 17 de seu Regimento Interno, permito-me transcrever excerto do voto por mim proferido no âmbito do TC 021.009/2017-1, o qual veio a fundamentar o Acórdão 2.000/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler):

‘20. O controle de constitucionalidade, que tem como único objetivo a preservação da supremacia da Constituição, é o único meio pelo qual os poderes constituídos poderão fazer o exame da adequação das leis e dos atos normativos à Constituição, do ponto de vista material ou formal, em estrita observância ao princípio da compatibilidade vertical, segundo o qual a validade e, portanto, a aplicação da norma inferior depende de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

(...)

31. Parece, claro, assim, que, onde há jurisdição, há o poder-dever de se declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos incompatíveis com a Constituição. Afinal de contas, para que o TCU possa cumprir a sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade, não há como se admitir que atos contrários aos princípios constitucionais sejam tolerados, mesmo quando travestidos de lei. Daí a atualidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula 347, segundo a qual:

‘O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.’

32. Evidentemente que essa competência do TCU se refere à apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público em caráter incidental e a cada caso concreto que lhe é submetido, com efeitos apenas entre as partes, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, com efeito **erga omnes**, somente compete ao STF.

33. Na verdade, parece cristalino que a Súmula 347 nada mais fez do que explicitar as atribuições outorgadas ao TCU pela Carta Magna, hoje constantes de rol bem mais extenso do que o da Constituição de 1946. Com efeito, no exercício de suas atribuições constitucionais, o TCU procede à análise de conformidade dos atos praticados pelos gestores públicos e demais responsáveis por bens e valores da União com o ordenamento jurídico vigente, em cujo vértice encontra-se a Constituição Federal. Em muitos casos, portanto, essa análise depende da interpretação de normas que regem tais atos e de seu confronto com a Constituição Federal. Daí a razão de ser da multicitada Súmula 347 do STF.

34. Tem-se, assim, que a suposta revogação do Enunciado 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (...) representaria uma **capitis diminutio** das competências constitucionais atribuídas a esta Corte de Contas pelo constituinte originário, uma vez que, para o exercício do poder de controle inerente às atividades de fiscalização e auditoria, o TCU passaria a se subordinar tão somente à lei e não à Constituição Federal.

(...)

37. De resto, cumpre dizer que a ampla legitimação para o controle abstrato de constitucionalidade, conferida pela atual Carta Política, não eliminou o controle difuso de constitucionalidade, ainda que possa tê-lo reduzido, sendo certo que ainda hoje podem os juízes e



tribunais declarar, em cada caso concreto, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público. Em menor extensão, segundo o STF, pode o TCU deixar de aplicar ao caso concreto sob sua análise lei que considere inconstitucional. Nesse contexto, pode-se afirmar que permanecem válidos os pressupostos que ensejaram a edição pelo STF da Súmula 347 em 1963.’

6.3. Posta assim a questão, entende-se que o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

7. Da natureza jurídica do instituto ‘bônus de eficiência e produtividade’

7.1. Defendeu-se que a natureza jurídica do ‘bônus de eficiência e produtividade’ é indenizatória, com base nos argumentos a seguir.

7.2. A natureza jurídica do instituto ‘bônus de eficiência e produtividade’, ainda que seja contraprestação de um serviço realizado, é eminentemente indenizatória, na medida em que representa uma compensação em favor do agente público que conseguiu aumentar a arrecadação, ou seja, é indiscutivelmente em prol do interesse da Administração.

7.3. Com isso, o pagamento é feito sem incidência de contribuição previdenciária, por ser uma parcela indenizatória, devendo ser paga de forma proporcional e com o critério legal de maior ou menor atuação na formação do valor que será dividido para o pagamento do bônus. É claro que novas formas de remuneração de servidores públicos podem gerar debates e formação de posicionamentos jurídicos e, no caso do bônus, não é diferente.

Análise:

7.4. Para o deslinde da presente questão, é de mister transcrever os arts. 49, 51 e 61 da Lei 8.112/1990:

‘Art. 49. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I - indenizações;

II - gratificações;

III - adicionais.

§ 1º As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§ 2º As gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.

Art. 51. Constituem indenizações ao servidor:

I - ajuda de custo;

II - diárias;

III - transporte.

IV - auxílio-moradia.

Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais:

I - retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento

II - gratificação natalina;

III - adicional por tempo de serviço; (Revogado pela Medida Provisória 2.225-45, de 4/9/2001)

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI - adicional noturno;

VII - adicional de férias;

VIII - outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho.

IX - gratificação por encargo de curso ou concurso.’

7.5. A leitura atenta das disposições supra revela que, quando o legislador deseja elencar um rol de vantagens como meramente exemplificativo, utiliza a expressão ‘outros’ (cf, **e.g.**, inciso VIII do art. 61 supracitado).

7.6. Assim, é de se concluir que compõem o rol das indenizações apenas a ajuda de custo, as diárias, o transporte e o auxílio-moradia. É dizer: o ‘bônus de eficiência e produtividade’ não pode

ser enquadrado como espécie do gênero indenização, uma vez que o art. 51 da Lei 8.112/1990 é taxativo e não admite a inclusão de outras vantagens.

7.7. Posto isso, cumpre perquirir a natureza jurídica do 'bônus de eficiência e produtividade'. Para tanto, transcreve-se o disposto na Lei 13.464/2017:

'Art. 17. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho por servidor, na proporção de 1 (um inteiro).

§ 1º Os servidores ativos em efetivo exercício no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela 'b' do Anexo III desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no **caput** deste artigo.

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela 'b' do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no **caput** deste artigo.'

7.8. Acrescente-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

'O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação relaciona-se com o serviço ou com o servidor. O adicional, em princípio, adere ao vencimento e, por isso, tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente.

(...)

As indenizações são previstas em lei e destinam-se a indenizar o servidor por gastos em razão da função. Seus valores podem ser fixados em lei ou decreto, se aquela permitir. Tendo natureza jurídica indenizatória, não se incorporam à remuneração, não repercutem no cálculo dos benefícios previdenciários e não estão sujeitas ao imposto de renda.' (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 33ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 491 e 499)

7.9. Em virtude dessas considerações, vale dizer que o 'bônus de eficiência e produtividade' é, tecnicamente, um adicional, uma vez que se incorpora à remuneração e aos proventos, e não uma indenização. Daí porque o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

8. Da prejudicialidade para a União

8.1. Defende-se que a incidência da contribuição previdenciária seria prejudicial à União, com base nos seguintes argumentos.

8.2. A tese da incidência de contribuição previdenciária sobre o bônus de eficiência tem por consequência direta uma oneração maior dos cofres da União, uma vez que a contribuição patronal, ou da União, seria o dobro daquela exigida dos servidores beneficiários. Portanto, a decisão ora combatida acaba por gerar um dano direto para a União.

Análise:

8.3. O argumento apresentado não é inédito, tendo o Ministro **a quo** assim ponderado:

'10. A propósito, não posso deixar de abordar, ainda que de passagem, os principais argumentos oferecidos pela Advocacia-Geral da União (AGU) ao defender, nos autos do TC 021.009/2017-1, os pagamentos ora impugnados:

(...)

c) 'a tese de incidência de contribuição previdenciária sobre o Bônus de Eficiência tem por consequência direta uma oneração maior dos cofres da União, uma vez que a contribuição patronal, ou da União, seria o dobro daquela exigida dos servidores beneficiários', o que acabaria 'por gerar um dano direto para a União';

(...)



12. Quanto ao suposto dano que a eventual instituição de contribuição previdenciária sobre o Bônus causaria, em face da contribuição patronal (alínea 'c', acima), o argumento, com a devida vênia, é desarrazoado, mormente à luz da realidade das contas públicas nacionais. Fosse como quer a AGU, diga-se de passagem, melhor seria não cobrar contribuição nenhuma, de nenhum servidor público.

13. De fato, consideradas apenas suas fontes próprias de financiamento – a saber, as contribuições dos servidores e a chamada contribuição patronal –, o RPPS é altamente deficitário. A situação obriga o direcionamento, para custeio dos benefícios de inativos e pensionistas do setor público, de expressivo volume de receitas arrecadadas de outras fontes.

14. Ora, nesse cenário, a inclusão do Bônus nos proventos sem a respectiva contribuição previdenciária obviamente amplia a necessidade de aporte, para o sistema, de recursos adicionais do Tesouro, que, para além de sua contribuição patronal, vê-se obrigado a cobrir o que seria a parcela de esforço exigível dos próprios segurados. Aqui, não é demais enfatizar que o custo previdenciário da vantagem, havido com os seus mais de 32.000 beneficiários atuais (18.668 aposentados e 13.409 pensionistas das carreiras de Auditoria-Fiscal do Trabalho e Auditoria Tributária e Aduaneira), é da ordem de R\$ 477 milhões ao ano, custo esse integralmente assumido pelo erário ante a prescrição inserta na parte final dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017.'

8.4. Destarte, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados pelos recorrentes.

9. Da Lei Previdenciária

9.1. Defende-se que, pela Lei Previdenciária, não incidiria a contribuição previdenciária sobre o 'bônus de eficiência e produtividade'.

Análise:

9.2. Para o deslinde da presente questão, traz-se à colação o § 1º do art. 4º da Lei 10.887, de 18 de junho de 2004:

'§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

(...).'

9.3. É, portanto, de clareza solar que o 'bônus de eficiência e produtividade', por ter natureza jurídica de adicional, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, *ex vi* do disposto no § 1º supracitado.

CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

10. Não se pode relegar ao oblívio que, nos autos do TC 021.009/2017-1, foi prolatado o Acórdão 2.000/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), transcrito a seguir:

'VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de recurso de agravo interposto pela União contra decisão que deferiu pedido de medida cautelar determinando aos Ministérios da Fazenda e do Trabalho que se abstenham de pagar a inativos e pensionistas o Bônus de Eficiência e Produtividade de que trata a Lei 13.464/2017, até a apreciação final desta representação.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 289 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do agravo interposto pela União, para, no mérito, dar-lhe provimento, para se negar conhecimento à presente representação e determinar o seu arquivamento, com a consequente revogação da medida cautelar anteriormente deferida, sem prejuízo de autorizar a Sefip a realizar a fiscalização do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituída pela Lei 13.464/2017 nos casos concretos que lhe forem submetidos ou de que tenha conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando for o caso;

9.2. alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no Enunciado 347 da Súmula do STF;



9.3. encaminhar cópia do inteiro teor do presente processo, assim como desta deliberação, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Procurador-Geral da República, ambos legitimados universais para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, para que tenham ciência do entendimento deste Tribunal e possam adotar as providências que entenderem cabíveis;

9.4. recomendar à Casa Civil da Presidência da República a revisão dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017, que instituiu o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, no sentido de se autorizar a sua inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária, tornando-a compatível com o regime previdenciário estabelecido na Constituição Federal;

9.5. dar ciência desta deliberação à agravante e aos órgãos jurisdicionados. '

10.1. Foram opostos embargos de declaração contra a deliberação supracitada, os quais foram apreciados por meio do Acórdão 2.721/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), nos seguintes termos:

'VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia, nesta fase processual, embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto a esta Corte de Contas ao Acórdão 2.000/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler).

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

9.1. com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 287 do RITCU, conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto a esta Corte de Contas, para, no mérito, rejeitá-los;

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente, aos interessados e ao órgão jurisdicionado;

9.3. determinar à Segecex que formalize processo apartado com vistas ao planejamento e à execução de fiscalização destinada a examinar a natureza jurídica do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituído pela Lei 13.464/2017, bem como a verificar a correspondente repercussão nos pagamentos a servidores ativos e a inclusão dessa parcela em aposentadorias e pensões, ficando a critério da unidade formular o modelo adequado de fiscalização a ser executado, diante do expressivo volume de beneficiários do referido bônus. '

10.2. Ocorre que o Ministro Alexandre de Moraes, do Pretório Excelso, nos autos dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, impetrados, respectivamente, pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal, pelo Sindicato Nacional dos Auditores do Trabalho, pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco) e Associação Nacional dos Auditores fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), deferiu os pedidos liminares 'para suspender os efeitos do ato impugnado no TC 021.009/2017-1, unicamente em relação aos substituídos pelo impetrante e, consequentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, se abstenha de afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017'.

10.3. Observa-se que, ainda que dois dos citados Mandados de Segurança tenham sido impetrados por associações dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, o que, em tese, limitaria o alcance subjetivo das decisões aos seus filiados, o sindicato respectivo também obteve decisão liminar favorável, de modo que os comandos judiciais em questão alcançam todos os integrantes das três carreiras citadas.

10.4. Dessa forma, fica obstado que esta Corte de Contas, nos casos a serem apreciados, venha a afastar a incidência dos dispositivos da Lei 13.464/2017 que tratam do bônus por eficiência e produtividade para as carreiras dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil e dos Auditores Fiscais do Trabalho, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes do STF. Nesse sentido, merece destaque



o Acórdão 631/2018-TCU-Plenário (Relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho), Sessão de 21/3/2018, Ata 9/2018, TC 028.586/2017-4.

10.5. Destarte, cabe determinar à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Rio Grande do Sul que acompanhe o deslinde do MS 35.498/DF na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos ora recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler).

10.6. Demais disso, cabe determinar o encaminhamento ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU, nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, as informações necessárias ao acompanhamento do MS 35.498/DF no STF, para que aquele órgão adote as providências cabíveis, dando ciência à Consultoria Jurídica desta Corte.

CONCLUSÃO

11. **Ex positis**, conclui-se que:

a) este Tribunal agiu corretamente ao não realizar a oitiva prévia dos recorrentes antes da prolação do acórdão ora recorrido, que apreciou seus atos de aposentadoria;

b) esta Corte de Contas tem competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade;

c) a natureza jurídica do instituto 'bônus de eficiência e produtividade' não é de indenização, e sim de adicional;

d) a decisão ora combatida está de acordo com a ordem constitucional;

e) pela Lei Previdenciária, incide a contribuição previdenciária sobre o 'bônus de eficiência e produtividade';

f) fica suspenso o cumprimento do item 9.2.1 do Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes do STF, nos autos do MS 35.498/DF.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Diante do exposto, propõe-se ao Tribunal de Contas da União que:

a) conheça dos presentes recursos, para, no mérito, negar-lhes provimento;

b) suspenda o cumprimento do item 9.2.1 do Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes do STF, nos autos do MS 35.498/DF (cf., e.g., Acórdão 631/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, Sessão de 21/3/2018, Ata 9/2018, TC 028.586/2017-4);

c) determine à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Rio Grande do Sul que acompanhe o deslinde do MS 35.498/DF na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), sob pena de responsabilidade solidária do gestor;

d) determine o encaminhamento ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU, nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, as informações necessárias ao acompanhamento do MS 35.498/DF no STF, para que aquele órgão adote as providências cabíveis, dando conhecimento à Consultoria Jurídica desta Corte;

e) dê ciência do acórdão que for prolatado aos recorrentes e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização."

3. O titular da Secretaria de Recursos, embora tenha endossado a proposta acima reproduzida, propôs, alternativamente, com fulcro no princípio da isonomia e da racionalidade processual, que, independentemente da fase processual, adote-se solução idêntica à do Acórdão 2.789/2018-TCU-1ª Câmara (Relator Ministro Benjamin Zymler), qual seja: a) considerar legais os atos de aposentadoria, ordenando seu registro; b) determinar, com fundamento nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal e 6º, § 2º, da Resolução TCU 206/2007, que: na hipótese de desconstituição da decisão judicial obtida pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait) nos autos do



Mandado de Segurança 35.498/DF, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF), faça cessar o pagamento aos inativos do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017, por incompatível com o art. 40, **caput** e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal, dada a expressa exclusão da vantagem, de caráter **pro labore faciendo**, da base de cálculo de contribuição previdenciária. Consequentemente, dar provimento parcial aos recursos.

4. O Ministério Público junto ao TCU entendeu que os pedidos de reexame devem ser providos, em parte, adotando-se as providências sugeridas na instrução da unidade técnica, avalizadas pelo corpo diretivo da Serur.

É o relatório.

VOTO

Os pedidos de reexame interpostos no presente processo podem ser conhecidos por este Tribunal, por preencherem os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992.

2. Mediante o Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), esta Corte de Contas considerou legais os atos de aposentadoria dos recorrentes, com fundamento nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal e 6º, § 2º, da Resolução TCU 206/2007, mas expediu a seguinte determinação:

*“9.2.1. faça cessar, no prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da ciência desta deliberação, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa, o pagamento aos inativos Neusa Baldasso Pires da Costa, Nilo Manoel Mattia, Norma Leal Podolsky Paes, Nívian Terezinha Fontoura de Barros e Paulo Ari Benício do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017, por incompatível com o art. 40, **caput** e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal, dada a expressa exclusão da vantagem, de caráter **pro labore faciendo**, da base de cálculo de contribuição previdenciária”.*

3. Contudo, nos autos dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, impetrados, respectivamente, pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal, pelo Sindicato Nacional dos Auditores do Trabalho, pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco) e Associação Nacional dos Auditores fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), foram deferidos pelo Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, os pedidos liminares “para suspender os efeitos do ato impugnado no TC 021.009/2017-1, unicamente em relação aos substituídos pelo impetrante e, consequentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, se abstenha de afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017”.

4. Assim, acompanho a jurisprudência recente desta Corte de Contas, que, embora contrária ao acolhimento das alegações formuladas pelos aposentados em defesa da regularidade da parcela em questão, tem dado provimento parcial aos recursos unicamente para suspender, enquanto perdurar as liminares deferidas pelo STF, o cumprimento de determinação desta Corte de Contas de sustação de pagamento (Acórdãos 2.134/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, 2.215-2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, e 8.977/2018-TCU-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo).

5. Nesse contexto, cabe dar provimento parcial aos pedidos de reexame em tela, de modo a suspender provisoriamente os efeitos do item 9.2.1 do Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), ante a concessão de liminar pelo STF (MS 35.498/DF).

6. Nos termos da questão de ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011, devem ser encaminhadas informações à Consultoria Jurídica do TCU e ao Departamento de Assuntos



Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União para a adoção das providências cabíveis acerca do processo judicial acima referido.

Diante do exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto ao Plenário.

ACÓRDÃO Nº 2303/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 028.487/2017-6
2. Grupo I – Classe I – Pedido de Reexame (em Aposentadoria)
3. Recorrentes: Neusa Baldasso Pires da Costa (CPF 185.917.790-53), Nilo Manoel Mattia (CPF 030.866.070-68), Nívian Terezinha Fontoura de Barros (CPF 305.506.290-68), Norma Leal Podolsky Paes (CPF 160.737.700-49) e Paulo Ari Benício (CPF 010.213.620-34)
4. Unidade: Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Rio Grande do Sul
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva
7. Unidades Técnicas: Sefip e Serur
8. Advogado constituído nos autos: Felipe Teixeira Vieira (OAB/DF 31.718)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam, nesta fase processual, de pedidos de reexame interpostos por Neusa Baldasso Pires da Costa, Nilo Manoel Mattia, Nívian Terezinha Fontoura de Barros, Norma Leal Podolsky Paes e Paulo Ari Benício contra o Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), que considerou legais seus atos de aposentadoria, mas determinou o ajuste dos proventos, com a cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, em:

- 9.1. conhecer dos presentes recursos para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;
- 9.2. suspender o cumprimento do item 9.2.1 do Acórdão 2.881/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler) enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança 35.498/DF;
- 9.3. determinar à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Rio Grande do Sul que acompanhe o deslinde do Mandado de Segurança 35.498/DF na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o acórdão prolatado por este Corte de Contas, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa;
- 9.4. autorizar a Sefip a encaminhar informações à Consultoria Jurídica do TCU e ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União para a adoção das providências cabíveis acerca do processo judicial acima referido, nos termos da questão de ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011;
- 9.5. dar ciência desta deliberação aos recorrentes.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2303-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes e Bruno Dantas.



13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 028.589/2017-3

Natureza: Pedido de Reexame (em Aposentadoria)

Recorrentes: Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo, José Gama de Queiroz Filho, José Glêbe Duarte Guedes e Vitória Márcia Araújo Amâncio

Unidade: Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará

SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME. APOSENTADORIA. INCLUSÃO, NOS PROVENTOS, DE PARCELA DE NATUREZA **PRO LABORE FACIENDO, IMUNE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALHA SUPERVENIENTE AO INÍCIO DA VIGÊNCIA DAS APOSENTAÇÕES. LEGALIDADE E REGISTRO DOS ATOS. DETERMINAÇÃO PARA AJUSTE DOS PROVENTOS. LIMINARES EM MANDADOS DE SEGURANÇA DO STF QUE MANTÊM O PAGAMENTO DA RUBRICA. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS. SUSPENSÃO DA DETERMINAÇÃO DESTA CORTE DE CONTAS. ACOMPANHAMENTO DA AÇÃO JUDICIAL.**

RELATÓRIO

Cuida-se de pedidos de reexame formulados por Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo, José Gama de Queiroz Filho, José Glêbe Duarte Guedes e Vitória Márcia Araújo Amâncio contra o Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), que destacou o ato de aposentadoria de Vitória Márcia Araújo Amâncio e considerou legais os outros três atos de concessão, mas determinou o ajuste dos proventos dos referidos servidores, com a cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017.

2. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, o Auditor Federal de Controle Externo encarregado da instrução dos autos opinou pela negativa de provimento dos recursos, como segue:

“Trata-se de pedidos de reexame interpostos por Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo, José Gama de Queiroz Filho, José Glêbe Duarte Guedes e Vitória Márcia Araújo Amâncio, ex-servidores da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará, contra o Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler (peça 10).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

‘VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de aposentadoria de servidores Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator e com fundamento na Constituição Federal, art. 71, incisos III e IX, e na Lei 8.443/1992, art. 39, inciso II, em:

9.1. considerar legais, para fins de registro, as concessões de aposentadorias a Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo, José Gama de Queiroz Filho e José Glêbe Duarte Guedes;

9.2. determinar à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará que adote as seguintes providências:

9.2.1. dê ciência a Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo, José Gama de Queiroz Filho, José Glêbe Duarte Guedes e Vitória Márcia Araújo Amâncio do inteiro teor desta deliberação no prazo de quinze dias e faça juntar os comprovantes de notificação a estes autos nos quinze dias subsequentes;



9.2.2. *exclua dos proventos dos inativos mencionados no subitem anterior o valor alusivo ao Bônus de Eficiência e Produtividade de que cuida a Lei 13.464/2017, no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa;*

9.3. *determinar à Secretaria de Fiscalização de Pessoal que destaque o ato de aposentadoria de Vitória Márcia Araújo Amâncio e promova diligência junto ao órgão de origem para obter o mapa de tempo de serviço e as certidões com base nas quais foram averbados os tempos de contribuição estadual e do Instituto Nacional do Seguro Social, em especial os 4 anos e 4 meses relativos a 'outros tempos certificados pelo INSS', constantes do campo 'discriminação dos tempos de serviço e averbações'.*

HISTÓRICO

2. *Entendeu-se indevido o pagamento aos recorrentes do chamado Bônus de Eficiência e Produtividade, ainda que encontre previsão em dispositivos da Lei 13.464/2017, porquanto essa mesma lei exclui a vantagem da base de cálculo da contribuição previdenciária dos segurados:*

'Art. 17. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho por servidor, na proporção de 1 (um inteiro).

*§ 1º Os servidores ativos em efetivo exercício no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela 'b' do Anexo III desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no **caput** deste artigo.*

*§ 2º Os aposentados receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela 'b' do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no **caput** deste artigo.*

*§ 3º Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no **caput** deste artigo:*

I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela 'b' do Anexo III desta Lei, aplicando-se o disposto na tabela 'b' do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída;

II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela 'b' do Anexo IV desta Lei.

(...)

Art. 24. O valor do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho não integrará o vencimento básico, não servirá de base de cálculo para adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem pecuniária e não constituirá base de cálculo de contribuição previdenciária.'

ADMISSIBILIDADE

3. *Reiteram-se os exames de admissibilidade realizados pelo Sar/Serur (peças 23 a 26), que opinou pelo conhecimento dos recursos, nos termos do art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos do item 9.2.2 do Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler). O Ministro José Múcio Monteiro, mediante despacho de peça 28, concordou com esta unidade técnica.*

EXAME DE MÉRITO

Delimitação

4. *Constitui objeto do presente recurso definir se:*

a) este Tribunal deveria ter realizado a oitiva prévia dos recorrentes antes da prolação do acórdão ora recorrido, que apreciou seus atos de aposentadoria;



b) esta Corte de Contas tem competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade;

c) a natureza jurídica do instituto 'bônus de eficiência e produtividade' é eminentemente indenizatória;

d) a decisão ora combatida é prejudicial para a União;

e) pela Lei Previdenciária, não incidiria a contribuição previdenciária sobre o 'bônus de eficiência e produtividade'.

5. Da oitiva prévia dos recorrentes

5.1. Defendeu-se que o acórdão recorrido seria nulo, eis que a Sefip, em nenhum momento, notificou os recorrentes para apresentarem manifestação preliminar.

Análise:

5.2. Rejeita-se, desde já, o argumento de ter havido violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em virtude de não ter sido oportunizado aos ora recorrentes o direito de se manifestarem nos autos antes da prolação do acórdão contestado, porquanto o entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante 3 do STF expressamente excepciona a observância do contraditório e da ampla defesa previamente ao julgamento do TCU, nesses termos:

'Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão.'

5.3. Assim, nos termos da referida súmula, o STF, ao julgar os MS 25.116 e 25.403, confirmou seu entendimento no sentido de que a Corte de Contas, nos processos de registro de aposentadoria, reforma e pensão, deve oportunizar o contraditório à parte interessada somente nos casos em que haja ultrapassado o lapso quinquenal para o julgamento do TCU. Na oportunidade, restou decidido, ainda, que o prazo não deve ser contado a partir da concessão do benefício, mas apenas do momento em que o ato foi encaminhado ao Tribunal de Contas da União para registro, pois somente a partir daí a Corte de Contas teria ciência dos motivos que levaram à sua edição.

5.4. Com base nesse entendimento, por intermédio do Acórdão 587/2011-TCU-Plenário (Relator Ministro Valmir Campelo) este Tribunal definiu a seguinte sistemática para apreciação dos atos sujeitos a registro:

'O TCU, diante de constatação que possa levar à negativa de registro de ato de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, deve assegurar aos beneficiários a oportunidade do uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sempre que transcorrido lapso temporal superior a cinco anos quando da apreciação.'

5.5. A tabela abaixo esquematiza as datas relevantes de disponibilização ao TCU dos atos de aposentadoria dos recorrentes:

Interessado	Data de disponibilização do ato ao TCU	Localização da peça nos autos
Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo	8/6/2016	peça 2
José Gama de Queiroz Filho	30/5/2014	peça 3
José Glêbe Duarte Guedes	21/9/2015	peça 4
Vitória Márcia Araújo Amâncio	13/10/2016	peça 5

5.6. O julgamento de todos os atos ocorreu em 12/12/2017, em Sessão realizada pelo Plenário, dentro, portanto, do referido prazo de 5 (cinco) anos.

5.7. Nesse contexto, verifica-se que esta Corte de Contas julgou os atos concessórios dos recorrentes dentro do quinquênio legal, em consonância com a orientação da Corte Suprema, devendo, deste modo, não ser acatado o argumento de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.



5.8. Cabe esclarecer que esta Corte de Contas não intima pessoalmente a parte acerca da data em que será julgado processo de seu interesse. Tal fato não ofende qualquer princípio constitucional ligado à defesa, uma vez que a publicação da pauta de julgamentos no Diário Oficial da União é suficiente para conferir publicidade ao ato processual. Tal exegese encontra amparo em deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de Agravo Regimental em Mandado de Segurança (MS AgR 26.732/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia), conforme excerto a seguir transcrito:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DATA DA SESSÃO. DESNECESSIDADE.

1. Não se faz necessária a notificação prévia e pessoal da data em que será realizada a sessão de julgamento de recurso de reconsideração pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal quando a pauta de julgamentos é publicada no Diário Oficial da União.

2. O pedido de sustentação oral pode ser feito, conforme autoriza o art. 168 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, até quatro horas antes da sessão. Para tanto, é necessário que os interessados no julgamento acompanhem o andamento do processo e as publicações feitas no Diário Oficial da União.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.'

5.9. Nessa ordem de ideias, é de se propor a rejeição dos argumentos dos recorrentes.

6. Da competência do TCU para o controle incidental de constitucionalidade

6.1. Defendeu-se que este Tribunal não tem competência para exercer o controle incidental de constitucionalidade.

Análise:

6.2. A competência do TCU para a realização do controle incidental de constitucionalidade foi minuciosamente esclarecida pelo relator **a quo**, nos seguintes termos:

'6. Em preliminar, acerca da possibilidade de esta Corte proceder ao exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, hipótese, aliás, expressamente prevista no § 2º do art. 17 de seu Regimento Interno, permito-me transcrever excerto do voto por mim proferido no âmbito do TC 021.009/2017-1, o qual veio a fundamentar o Acórdão 2.000/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler):

'20. O controle de constitucionalidade, que tem como único objetivo a preservação da supremacia da Constituição, é o único meio pelo qual os poderes constituídos poderão fazer o exame da adequação das leis e dos atos normativos à Constituição, do ponto de vista material ou formal, em estrita observância ao princípio da compatibilidade vertical, segundo o qual a validade e, portanto, a aplicação da norma inferior depende de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

(...)

31. Parece, claro, assim, que, onde há jurisdição, há o poder-dever de se declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos incompatíveis com a Constituição. Afinal de contas, para que o TCU possa cumprir a sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade, não há como se admitir que atos contrários aos princípios constitucionais sejam tolerados, mesmo quando travestidos de lei. Daí a atualidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula 347, segundo a qual:

'O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.'

32. Evidentemente que essa competência do TCU se refere à apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público em caráter incidental e a cada caso concreto que lhe é submetido, com efeitos apenas entre as partes, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, com efeito **erga omnes**, somente compete ao STF.



33. Na verdade, parece cristalino que a Súmula 347 nada mais fez do que explicitar as atribuições outorgadas ao TCU pela Carta Magna, hoje constantes de rol bem mais extenso do que o da Constituição de 1946. Com efeito, no exercício de suas atribuições constitucionais, o TCU procede à análise de conformidade dos atos praticados pelos gestores públicos e demais responsáveis por bens e valores da União com o ordenamento jurídico vigente, em cujo vértice encontra-se a Constituição Federal. Em muitos casos, portanto, essa análise depende da interpretação de normas que regem tais atos e de seu confronto com a Constituição Federal. Daí a razão de ser da multicitada Súmula 347 do STF.

34. Tem-se, assim, que a suposta revogação do Enunciado 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (...) representaria uma **capitis diminutio** das competências constitucionais atribuídas a esta Corte de Contas pelo constituinte originário, uma vez que, para o exercício do poder de controle inerente às atividades de fiscalização e auditoria, o TCU passaria a se subordinar tão somente à lei e não à Constituição Federal.

(...)

37. De resto, cumpre dizer que a ampla legitimação para o controle abstrato de constitucionalidade, conferida pela atual Carta Política, não eliminou o controle difuso de constitucionalidade, ainda que possa tê-lo reduzido, sendo certo que ainda hoje podem os juízes e tribunais declarar, em cada caso concreto, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público. Em menor extensão, segundo o STF, pode o TCU deixar de aplicar ao caso concreto sob sua análise lei que considere inconstitucional. Nesse contexto, pode-se afirmar que permanecem válidos os pressupostos que ensejaram a edição pelo STF da Súmula 347 em 1963.'

6.3. Posta assim a questão, entende-se que o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

7. Da natureza jurídica do instituto 'bônus de eficiência e produtividade'

7.1. Defendeu-se que a natureza jurídica do 'bônus de eficiência e produtividade' é indenizatória, com base nos argumentos a seguir.

7.2. A natureza jurídica do instituto 'bônus de eficiência e produtividade', ainda que seja contraprestação de um serviço realizado, é eminentemente indenizatória, na medida em que representa uma compensação em favor do agente público que conseguiu aumentar a arrecadação, ou seja, é indiscutivelmente em prol do interesse da Administração.

7.3. Com isso, o pagamento é feito sem incidência de contribuição previdenciária, por ser uma parcela indenizatória, devendo ser paga de forma proporcional e com o critério legal de maior ou menor atuação na formação do valor que será dividido para o pagamento do bônus. É claro que novas formas de remuneração de servidores públicos podem gerar debates e formação de posicionamentos jurídicos e, no caso do bônus, não é diferente.

Análise:

7.4. Para o deslinde da presente questão, é de mister transcrever os arts. 49, 51 e 61 da Lei 8.112/1990:

'Art. 49. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I - indenizações;

II - gratificações;

III - adicionais.

§ 1º As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§ 2º As gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.

Art. 51. Constituem indenizações ao servidor:

I - ajuda de custo;

II - diárias;

III - transporte.

IV - auxílio-moradia.

Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais:

I - retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento

II - gratificação natalina;

III - adicional por tempo de serviço; (Revogado pela Medida Provisória 2.225-45, de 4/9/2001)

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI - adicional noturno;

VII - adicional de férias;

VIII - outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho.

IX - gratificação por encargo de curso ou concurso.'

7.5. A leitura atenta das disposições supra revela que, quando o legislador deseja elencar um rol de vantagens como meramente exemplificativo, utiliza a expressão 'outros' (cf, **e.g.**, inciso VIII do art. 61 supracitado).

7.6. Assim, é de se concluir que compõem o rol das indenizações apenas a ajuda de custo, as diárias, o transporte e o auxílio-moradia. É dizer: o 'bônus de eficiência e produtividade' não pode ser enquadrado como espécie do gênero indenização, uma vez que o art. 51 da Lei 8.112/1990 é taxativo e não admite a inclusão de outras vantagens.

7.7. Posto isso, cumpre perquirir a natureza jurídica do 'bônus de eficiência e produtividade'. Para tanto, transcreve-se o disposto na Lei 13.464/2017:

'Art. 17. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho por servidor, na proporção de 1 (um inteiro).

§ 1º Os servidores ativos em efetivo exercício no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela 'b' do Anexo III desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no **caput** deste artigo.

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela 'b' do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no **caput** deste artigo.'

7.8. Acrescente-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

'O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação relaciona-se com o serviço ou com o servidor. O adicional, em princípio, adere ao vencimento e, por isso, tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente.

(...)

As indenizações são previstas em lei e destinam-se a indenizar o servidor por gastos em razão da função. Seus valores podem ser fixados em lei ou decreto, se aquela permitir. Tendo natureza jurídica indenizatória, não se incorporam à remuneração, não repercutem no cálculo dos benefícios previdenciários e não estão sujeitas ao imposto de renda.' (**in** Direito Administrativo Brasileiro, 33ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 491 e 499)

7.9. Em virtude dessas considerações, vale dizer que o 'bônus de eficiência e produtividade' é, tecnicamente, um adicional, uma vez que se incorpora à remuneração e aos proventos, e não uma indenização. Daí porque o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

8. Da prejudicialidade para a União



8.1. *Defende-se que a incidência da contribuição previdenciária seria prejudicial à União, com base nos seguintes argumentos.*

8.2. *A tese da incidência de contribuição previdenciária sobre o bônus de eficiência tem por consequência direta uma oneração maior dos cofres da União, uma vez que a contribuição patronal, ou da União, seria o dobro daquela exigida dos servidores beneficiários. Portanto, a decisão ora combatida acaba por gerar um dano direto para a União.*

Análise:

8.3. *O argumento apresentado não é inédito, tendo o Ministro **a quo** assim ponderado:*

‘10. A propósito, não posso deixar de abordar, ainda que de passagem, os principais argumentos oferecidos pela Advocacia-Geral da União (AGU) ao defender, nos autos do TC 021.009/2017-1, os pagamentos ora impugnados:

(...)

c) ‘a tese de incidência de contribuição previdenciária sobre o Bônus de Eficiência tem por consequência direta uma oneração maior dos cofres da União, uma vez que a contribuição patronal, ou da União, seria o dobro daquela exigida dos servidores beneficiários’, o que acabaria ‘por gerar um dano direto para a União’;

(...)

12. *Quanto ao suposto dano que a eventual instituição de contribuição previdenciária sobre o Bônus causaria, em face da contribuição patronal (alínea ‘c’, acima), o argumento, com a devida vênia, é desarrazoado, mormente à luz da realidade das contas públicas nacionais. Fosse como quer a AGU, diga-se de passagem, melhor seria não cobrar contribuição nenhuma, de nenhum servidor público.*

13. *De fato, consideradas apenas suas fontes próprias de financiamento – a saber, as contribuições dos servidores e a chamada contribuição patronal –, o RPPS é altamente deficitário. A situação obriga o direcionamento, para custeio dos benefícios de inativos e pensionistas do setor público, de expressivo volume de receitas arrecadadas de outras fontes.*

14. *Ora, nesse cenário, a inclusão do Bônus nos proventos sem a respectiva contribuição previdenciária obviamente amplia a necessidade de aporte, para o sistema, de recursos adicionais do Tesouro, que, para além de sua contribuição patronal, vê-se obrigado a cobrir o que seria a parcela de esforço exigível dos próprios segurados. Aqui, não é demais enfatizar que o custo previdenciário da vantagem, havido com os seus mais de 32.000 beneficiários atuais (18.668 aposentados e 13.409 pensionistas das carreiras de Auditoria-Fiscal do Trabalho e Auditoria Tributária e Aduaneira), é da ordem de R\$ 477 milhões ao ano, custo esse integralmente assumido pelo erário ante a prescrição inserta na parte final dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017.’*

8.4. *Destarte, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados pelos recorrentes.*

9. Da Lei Previdenciária

9.1. *Defende-se que, pela Lei Previdenciária, não incidiria a contribuição previdenciária sobre o ‘bônus de eficiência e produtividade’.*

Análise:

9.2. *Para o deslinde da presente questão, traz-se à colação o § 1º do art. 4º da Lei 10.887, de 18 de junho de 2004:*

‘§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

(...).’

9.3. *É, portanto, de clareza solar que o ‘bônus de eficiência e produtividade’, por ter natureza jurídica de adicional, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, ex vi do disposto no § 1º supracitado.*

CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS



10. Não se pode relegar ao oblívio que, nos autos do TC 021.009/2017-1, foi prolatado o Acórdão 2.000/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), transcrito a seguir:

‘VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de recurso de agravo interposto pela União contra decisão que deferiu pedido de medida cautelar determinando aos Ministérios da Fazenda e do Trabalho que se abstenham de pagar a inativos e pensionistas o Bônus de Eficiência e Produtividade de que trata a Lei 13.464/2017, até a apreciação final desta representação.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 289 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do agravo interposto pela União, para, no mérito, dar-lhe provimento, para se negar conhecimento à presente representação e determinar o seu arquivamento, com a consequente revogação da medida cautelar anteriormente deferida, sem prejuízo de autorizar a Sefip a realizar a fiscalização do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituída pela Lei 13.464/2017 nos casos concretos que lhe forem submetidos ou de que tenha conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando for o caso;

9.2. alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no Enunciado 347 da Súmula do STF;

9.3. encaminhar cópia do inteiro teor do presente processo, assim como desta deliberação, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Procurador-Geral da República, ambos legitimados universais para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, para que tenham ciência do entendimento deste Tribunal e possam adotar as providências que entenderem cabíveis;

9.4. recomendar à Casa Civil da Presidência da República a revisão dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017, que instituiu o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, no sentido de se autorizar a sua inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária, tornando-a compatível com o regime previdenciário estabelecido na Constituição Federal;

9.5. dar ciência desta deliberação à agravante e aos órgãos jurisdicionados.’

10.1. Foram opostos embargos de declaração contra a deliberação supracitada, os quais foram apreciados por meio do Acórdão 2.721/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), nos seguintes termos:

‘VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia, nesta fase processual, embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto a esta Corte de Contas ao Acórdão 2.000/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler).

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

9.1. com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 287 do RITCU, conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto a esta Corte de Contas, para, no mérito, rejeitá-los;

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente, aos interessados e ao órgão jurisdicionado;

9.3. determinar à Segecex que formalize processo apartado com vistas ao planejamento e à execução de fiscalização destinada a examinar a natureza jurídica do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituído pela Lei 13.464/2017, bem como a verificar a correspondente repercussão nos pagamentos a servidores ativos e a inclusão dessa parcela em aposentadorias e pensões, ficando a critério da unidade formular o modelo adequado de fiscalização a ser executado, diante do expressivo volume de beneficiários do referido bônus.’

10.2. Ocorre que o Ministro Alexandre de Moraes, do Pretório Excelso, nos autos dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, impetrados, respectivamente, pelo



Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal, pelo Sindicato Nacional dos Auditores do Trabalho, pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco) e Associação Nacional dos Auditores fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), deferiu os pedidos liminares ‘para suspender os efeitos do ato impugnado no TC 021.009/2017-1, unicamente em relação aos substituídos pelo impetrante e, conseqüentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, se abstenha de afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017’.

10.3. *Observa-se que, ainda que dois dos citados Mandados de Segurança tenham sido impetrados por associações dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, o que, em tese, limitaria o alcance subjetivo das decisões aos seus filiados, o sindicato respectivo também obteve decisão liminar favorável, de modo que os comandos judiciais em questão alcançam todos os integrantes das três carreiras citadas.*

10.4. *Dessa forma, fica obstado que esta Corte de Contas, nos casos a serem apreciados, venha a afastar a incidência dos dispositivos da Lei 13.464/2017 que tratam do bônus por eficiência e produtividade para as carreiras dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil e dos Auditores Fiscais do Trabalho, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes do STF. Nesse sentido, merece destaque o Acórdão 631/2018-TCU-Plenário (Relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho), Sessão de 21/3/2018, Ata 9/2018, TC 028.586/2017-4.*

10.5. *Destarte, cabe determinar à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará que acompanhe o deslinde do MS 35.498/DF na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos ora recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymmler).*

10.6. *Demais disso, cabe determinar o encaminhamento ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU, nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, as informações necessárias ao acompanhamento do MS 35.498/DF no STF, para que aquele órgão adote as providências cabíveis, dando ciência à Consultoria Jurídica desta Corte.*

CONCLUSÃO

11. **Ex positis**, conclui-se que:

- a) *este Tribunal agiu corretamente ao não realizar a oitiva prévia dos recorrentes antes da prolação do acórdão ora recorrido, que apreciou seus atos de aposentadoria;*
- b) *esta Corte de Contas tem competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade;*
- c) *a natureza jurídica do instituto ‘bônus de eficiência e produtividade’ não é de indenização, e sim de adicional;*
- d) *a decisão ora combatida está de acordo com a ordem constitucional;*
- e) *pela Lei Previdenciária, incide a contribuição previdenciária sobre o ‘bônus de eficiência e produtividade’;*
- f) *fica suspenso o cumprimento do item 9.2.2 do Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymmler), enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes do STF, nos autos do MS 35.498/DF.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. *Diante do exposto, propõe-se ao Tribunal de Contas da União que:*

- a) *conheça dos presentes recursos, para, no mérito, negar-lhes provimento;*
- b) *suspenda o cumprimento do item 9.2.2 do Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymmler), enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes do STF, nos autos do MS 35.498/DF (cf., e.g., Acórdão 631/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, Sessão de 21/3/2018, Ata 9/2018, TC 028.586/2017-4);*



c) *determine à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará que acompanhe o deslinde do MS 35.498/DF na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), sob pena de responsabilidade solidária do gestor;*

d) *determine o encaminhamento ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU, nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, as informações necessárias ao acompanhamento do MS 35.498/DF no STF, para que aquele órgão adote as providências cabíveis, dando conhecimento à Consultoria Jurídica desta Corte;*

e) *dê ciência do acórdão que for prolatado aos recorrentes e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.”*

3. O titular da Secretaria de Recursos, embora tenha endossado a proposta acima reproduzida, propôs, alternativamente, com fulcro no princípio da isonomia e da racionalidade processual, que, independentemente da fase processual, adote-se solução idêntica à do Acórdão 2.789/2018-TCU-1ª Câmara (Relator Ministro Benjamin Zymler), qual seja: a) considerar legais os atos de aposentadoria, ordenando seu registro; b) determinar, com fundamento nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal e 6º, § 2º, da Resolução TCU 206/2007, que: na hipótese de desconstituição da decisão judicial obtida pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait) nos autos do Mandado de Segurança 35.498/DF, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF), faça cessar o pagamento aos inativos do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017, por incompatível com o art. 40, **caput** e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal, dada a expressa exclusão da vantagem, de caráter **pro labore faciendo**, da base de cálculo de contribuição previdenciária. Consequentemente, dar provimento parcial aos recursos.

4. O Ministério Público junto ao TCU entendeu que os pedidos de reexame devem ser providos, em parte, adotando-se as providências sugeridas na instrução da unidade técnica, avalizadas pelo corpo diretivo da Serur.

É o relatório.

VOTO

Os pedidos de reexame interpostos no presente processo podem ser conhecidos por este Tribunal, por preencherem os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992.

2. Mediante o Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), esta Corte de Contas considerou legais os atos de aposentadoria dos recorrentes, excetuado o de interesse de Vitória Márcia Araújo Amâncio (destacado), com fundamento nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal e 6º, § 2º, da Resolução TCU 206/2007, mas expediu as seguintes determinações:

“9.2. *determinar à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará que adote as seguintes providências:*

9.2.1. *dê ciência a Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo, José Gama de Queiroz Filho, José Glêbe Duarte Guedes e Vitória Márcia Araújo Amâncio do inteiro teor desta deliberação no prazo de quinze dias e faça juntar os comprovantes de notificação a estes autos nos quinze dias subsequentes;*

9.2.2. *exclua dos proventos dos inativos mencionados no subitem anterior o valor alusivo ao Bônus de Eficiência e Produtividade de que cuida a Lei 13.464/2017 no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa;*

9.3. *determinar à Secretaria de Fiscalização de Pessoal que destaque o ato de aposentadoria de Vitória Márcia Araújo Amâncio e promova diligência junto ao órgão de origem para obter o mapa de*



tempo de serviço e as certidões com base nas quais foram averbados os tempos de contribuição estadual e do Instituto Nacional do Seguro Social, em especial os 4 anos e 4 meses relativos a ‘outros tempos certificados pelo INSS’, constantes do campo ‘discriminação dos tempos de serviço e averbações’”.

3. Contudo, nos autos dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, impetrados, respectivamente, pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal, pelo Sindicato Nacional dos Auditores do Trabalho, pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco) e Associação Nacional dos Auditores fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), foram deferidos pelo Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, os pedidos liminares “*para suspender os efeitos do ato impugnado no TC 021.009/2017-1, unicamente em relação aos substituídos pelo impetrante e, conseqüentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, se abstenha de afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017*”.

4. Assim, acompanho a jurisprudência recente desta Corte de Contas, que, embora contrária ao acolhimento das alegações formuladas pelos aposentados em defesa da regularidade da parcela em questão, tem dado provimento parcial aos recursos unicamente para suspender, enquanto perdurar as liminares deferidas pelo STF, o cumprimento de determinação desta Corte de Contas de sustação de pagamento (Acórdãos 2.134/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, 2.215-2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, e 8.977/2018-TCU-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo).

5. Nesse contexto, cabe dar provimento parcial aos pedidos de reexame em tela, de modo a suspender provisoriamente os efeitos do item 9.2.2 do Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), ante a concessão de liminar pelo STF (MS 35.498/DF).

6. Nos termos da questão de ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011, devem ser encaminhadas informações à Consultoria Jurídica do TCU e ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União para a adoção das providências cabíveis acerca do processo judicial acima referido.

Diante do exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto ao Plenário.

ACÓRDÃO Nº 2304/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 028.589/2017-3
2. Grupo I – Classe I – Pedido de Reexame (em Aposentadoria)
3. Recorrentes: Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo (CPF 243.573.913-34), José Gama de Queiroz Filho (CPF 045.398.183-68), José Glêbe Duarte Guedes (CPF 080.238.244-49) e Vitória Márcia Araújo Amâncio (CPF 266.832.883-72)
4. Unidade: Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva
7. Unidades Técnicas: Sefip e Serur
8. Advogado constituído nos autos: Felipe Teixeira Vieira (OAB/DF 31.718)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam, nesta fase processual, de pedidos de reexame interpostos por Hermelinda Marília Pedrosa de Barros Macedo, José Gama de Queiroz Filho, José Glêbe Duarte Guedes e Vitória Márcia Araújo Amâncio contra o Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), que destacou o ato de aposentadoria de Vitória Márcia



Araújo Amâncio e considerou legais os outros três atos de concessão, mas determinou o ajuste dos proventos dos referidos servidores, com a cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, em:

- 9.1. conhecer dos presentes recursos para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;
 - 9.2. suspender o cumprimento do item 9.2.2 do Acórdão 2.885/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler) enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança 35.498/DF;
 - 9.3. determinar à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará que acompanhe o deslinde do Mandado de Segurança 35.498/DF na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o acórdão prolatado por este Corte de Contas, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa;
 - 9.4. autorizar a Sefip a encaminhar informações à Consultoria Jurídica do TCU e ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União para a adoção das providências cabíveis acerca do processo judicial acima referido, nos termos da questão de ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011;
 - 9.5. dar ciência desta deliberação aos recorrentes.
10. Ata nº 38/2018 – Plenário.
 11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
 12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2304-38/18-P.
 13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes e Bruno Dantas.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 007.519/2014-1

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Unidades: Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável - Ibrasi e Ministério do Turismo - Mtur.

Recorrentes: Edimar Gomes da Silva (CPF 134.463.088-06), Luiz Gustavo Machado (CPF 813.598.538-04) e Marcus André Almeida (CPF 778.995.121-15).

Responsáveis: Edimar Gomes da Silva (CPF 134.463.088-06), Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável - Ibrasi (CNPJ 07.054.515/0001-13), Kerima Silva Carvalho (CPF 066.401.516-69), Luiz Gustavo Machado (CPF 813.598.538-04) e Marcus André Almeida (CPF 778.995.121-15).

Representação legal: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Júlio Cesar Chaves Cocolichio (OAB/SP 303.423) e outros representando Luiz Gustavo Machado; Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros representando o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável; Guilherme Antônio Brito Gonçalves Barbosa (OAB/DF 45.197) e outros representando Edimar Gomes da Silva;



Lucas Ferreira Paz Rebuá (OAB/DF 28.950) e outro representando Marcus André Almeida; Júlio Cesar Chaves Cocolichio representando Nathalia Paschoal Machado.

SUMÁRIO: RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL AUTUADA EM DECORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DO CONVÊNIO 1.550/2009 CELEBRADO PELO MINISTÉRIO DO TURISMO. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO, MULTA, INABILITAÇÃO E ARRESTO DE BENS. CONHECIMENTO DOS RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução da Secretaria de Recursos - Serur (peça 175), que foi acolhida pelos dirigentes daquela unidade técnica (peças 176-177) e pelo Ministério Público junto ao TCU - MPTCU (peça 178):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Marcus André Almeida (peças 104 e 117), Luiz Gustavo Machado (peça 115) e Edimar Gomes da Silva (peça 166), contra o Acórdão 170/2017-TCU-Plenário (peça 89), mantido pelo Acórdão 2.346/2017-TCU-Plenário, com o seguinte teor:

9.1. *rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável e pelo Sr. Luiz Gustavo Machado;*

9.2. *considerar revel a Sra. Kerima Silva Carvalho (066.401.516-69), dando-se prosseguimento ao processo, de acordo com o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;*

9.3. *rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Edimar Gomes da Silva e Marcus André Almeida;*

9.4. *com fundamento nos arts. 1º, inciso I, e 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, e § 2º, ambos da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19, caput, e 23, inciso III, da mesma lei, julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Gustavo Machado (813.598.538-04) e do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável (07.054.515/0001-13), condenando-os solidariamente ao pagamento das quantias a seguir especificadas, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:*

<i>Data da Ocorrência</i>	<i>Valor Original (R\$)</i>
28/1/2010	1.500.000,00
10/2/2010	500.000,00
12/2/2010	1.000.000,00
22/6/2010	1.250.000,00
22/6/2010	1.333.587,00
26/11/2010	1.395.896,80

9.5. *aplicar ao Sr. Luiz Gustavo Machado e ao Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável a multa individual prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor:*

9.6. *aplicar aos responsáveis abaixo indicados a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, nos valores a seguir discriminados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), os recolhimentos das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor:*

<i>Responsável</i>	<i>Valor da Multa</i>
Kerima Silva Carvalho (066.401.516-69)	R\$ 50.000,00
Edimar Gomes da Silva (134.463.088-06)	R\$ 50.000,00



Marcus André Almeida (778.995.121-15)	R\$ 15.000,00

9.7. considerar graves as infrações cometidas por Kerima Silva Carvalho (066.401.516-69) e Edimar Gomes da Silva (134.463.088-06) e inabilitá-los para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública por um período de 8 (oito) anos, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992;

9.8. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;

9.9. encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada do relatório e voto que a fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, bem como à 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amapá; e

9.10. solicitar à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, nos termos do art. 61 da Lei 8.443/1992.'

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de Tomada de Contas Especial (TCE) instaurada pelo Ministério do Turismo - MTur, em desfavor do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável (Ibrasi), em razão de irregularidades na execução física do objeto do Convênio 1.550/2009 (Siconv 721.084), com o objetivo de desenvolver metodologia para realização de pesquisas e promover a sua aplicação no que tange ao estudo e diagnóstico dos terminais portuários para passageiros no litoral brasileiro.

2.1. O referido ajuste originalmente previu R\$ 6.204.045,00 para a execução do objeto, dos quais R\$ 5.583.587,00 seriam repassados pelo concedente e outros R\$ 620.458,00 corresponderiam à contrapartida em bens e serviços. Posteriormente, foi acordado o segundo termo aditivo ao convênio, aumentando em R\$ 1.550.937,00 os recursos previstos (R\$ 1.395.896,80 a cargo do concedente e R\$ 155.040,20 correspondentes à contrapartida em bens e serviços).

2.2. O ajuste vigeu no período de 21/12/2009 a 21/11/2011, e previa a apresentação da prestação de contas até 21/12/2011, conforme cláusula quarta do termo de convênio e prorrogação de ofício (peça 1, p. 113, 127 e 147).

2.3. O motivo que levou à instauração desta TCE foram diversas irregularidades na celebração e execução do convênio, descritas detalhadamente nos itens 4 e 5 do voto da deliberação recorrida (peça 90, p. 1-3).

2.4. Em relação ao próprio Ibrasi e ao Sr. Luiz Gustavo Machado, Diretor Executivo do referido instituto, promoveu-se a citação em razão de irregularidades relativas principalmente a não definição clara das metas do convênio, descumprimento de normas na realização de licitações, ocorrência de pagamentos irregulares e de saques da conta do convênio sem documentos comprobatórios das despesas, além do não cumprimento do objeto do convênio.

2.5. Com relação aos servidores do MTur Kerima Silva Carvalho, Assistente Técnica, e Edimar Gomes da Silva, Diretor do Departamento de Programas Regionais de Desenvolvimento do Turismo, foram ouvidos em audiência em razão da celebração do convênio com entidade privada sem qualificação técnica e capacidade operacional e pela emissão de pareceres técnicos deficientes. O diretor substituto do mencionado departamento, Sr. Marcus André Almeida, também foi ouvido em audiência pela emissão de parecer técnico irregular.

2.6. No âmbito desta Corte, este Tribunal julgou irregulares as contas do Sr. Luiz Gustavo Machado e do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável, condenando-os solidariamente em débito, além de aplicar-lhes multa, fundada no débito. Os responsáveis Kerima Silva Carvalho, Edimar Gomes da Silva e Marcus André Almeida foram multados com fundamento no art. 58, II, do RI/TCU.

2.7. Não satisfeito com o julgado, o Sr. Edimar Gomes da Silva opôs inicialmente embargos de declaração, rejeitados pelo Acórdão 2.346/2017 – TCU – Plenário. Posteriormente, juntamente com Marcus André Almeida e Luiz Gustavo Machado interpuseram recursos de reconsideração (peças 104, 115, 117 e 166), objetos do presente exame.

ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 121, 122 e 172), ratificados pelo Ministro-Relator (peças 125 e 174), que concluiu pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.4, 9.5, 9.8 e 9.10 do Acórdão 170/2017-Plenário em relação ao Sr. Luiz Gustavo Machado, itens 9.6 e 9.8 do Acórdão 170/2017-TCU-Plenário em relação ao Sr. Marcus André Almeida e itens 9.6, 9.7 e 9.8 do Acórdão 170/2017-TCU-Plenário em relação ao Sr. Edimar Gomes da Silva, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

**MÉRITO****4. Delimitação**

4.1. Constitui objeto do recurso verificar:

- a) se é aplicável o instituto da prescrição à multa imputada (peça 166, p. 5-6);
- b) se é possível comprovar a regularidade na aprovação e fiscalização do convênio (peça 166, p. 6-15);
- c) se há razoabilidade na imputação do débito e nas penalidades aplicadas (peças 104, 117, p. 8; 166, p. 15-16);
- d) se há nulidade em notificação feita ao responsável Luiz Gustavo Machado (peça 115).

5. Da prescrição

5.1. O recorrente Edimar Gomes da Silva argui pela prescrição sobre o débito apurado e sobre a multa aplicada, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) quando do julgamento do Mandado de Segurança 32.201, impetrado contra acórdão condenatório proferido por esse Tribunal de Contas, em que foi aplicada a penalidade de multa, com base no art. 58 da Lei 8.443/1992, o STF entendeu que o prazo da prescricional em comento seria de cinco anos;

b) na apreciação daquela demanda, o relator do caso, o Ministro Roberto Barroso, destacou a existência de duas correntes, sendo a primeira aquela que vem sendo adotada pelo TCU (CC/2002, art. 205), enquanto a segunda defende que a aplicação de normas de direito público, as quais, em maioria, preveem o prazo quinquenal (tal como feito pelo ora recorrente, em suas razões de justificativa);

c) a conclusão adotada foi de que a matéria em comento é regulada integralmente pela Lei n. 9.873/1999, a qual fixa em cinco anos o prazo prescricional;

d) atendo-se que o STF é a autoridade máxima dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva no caso em tela, posto que decorridos mais de cinco anos da suposta prática das condutas apontadas como irregulares.

Análise

5.2. Não assiste razão ao recorrente ao questionar a prescrição. Registre-se que tal tema já fora analisado quando da prolação do Acórdão ora vergastado.

5.3. O instituto da prescrição tem por fim trazer segurança às relações jurídicas em detrimento de longo lapso temporal entre o ato praticado e as ações garantidoras do direito. A prescrição se configura na extinção da pretensão, em razão da inércia do seu titular por determinado período.

5.4. Em consonância com o parágrafo 5º do art. 37 da Constituição Federal, foram elencadas duas situações distintas quanto à prescrição no que tange ao poder público. A primeira parte do parágrafo trata da prescrição referente às ações relativas a punições a agentes públicos que causem prejuízos ao erário. A segunda parte do parágrafo ressalva as ações de ressarcimento, estabelecendo serem imprescritíveis as ações tendentes a determinar o ressarcimento dos danos causados ao poder público.

5.5. É importante observar que a questão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento foi plenamente resolvida após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, que ensejou a prolação do Acórdão 2.709/2008 – Plenário, por meio do qual se decidiu deixar assente no âmbito desta Corte de Contas que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

5.6. Ademais, cumpre tecer considerações acerca do entendimento desta Corte de Contas sobre o tema prescrição da pretensão punitiva do Estado no que tange à penalidade de multa regulamentada na Lei 8.443/1992.

5.7. Recentemente, esta Corte apreciou incidente de uniformização de jurisprudência acerca da prescrição da pretensão punitiva do TCU, em sessão plenária pública extraordinária ocorrida no dia 8/6/2016. Transcreve-se abaixo parte do Acórdão 1.441/2016 – TCU – Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler:

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

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;



9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;

9.1.5. haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, §2º, do Regimento Interno;

9.1.6. a ocorrência desta espécie de prescrição será aferida, independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992;

9.1.7. o entendimento consubstanciado nos subitens anteriores será aplicado, de imediato, aos processos novos (autuados a partir desta data) bem como àqueles pendentes de decisão de mérito ou de apreciação de recurso por este Tribunal;

5.8. Dessa forma, aplica-se no âmbito do TCU o entendimento de que o prazo prescricional a ser adotado é o previsto no Código Civil, ou seja, dez anos do fato gerador. Ademais, entende-se também que o despacho que ordena a citação é causa interruptiva da prescrição.

5.9. Assim sendo, no presente caso, considerando o termo inicial em 21/12/2011, data final para a prestação de contas do convênio 1550/2009 (peça 1, p. 113, 127 e 147), a pretensão punitiva estaria prescrita em dezembro de 2021. O ato que ordenou a citação ao Sr. Edimar Gomes da Silva se efetivou em 20/10/2015 (peças 32, 41 e 43). Ou seja, transcorreu-se período inferior aos dez anos entre o fato gerador e o ato que ordenou a citação, o que conduz à regularidade da aplicação da multa constante do Acórdão 170/2017-TCU-Plenário.

5.10. Nesse sentido, no tocante à citada Lei 9.873/1999, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração, é oportuno mencionar que o Tribunal já afastou a aplicação do referido normativo, tendo em vista sua atividade judicante se amparar no exercício do controle externo, de previsão constitucional, diferente daquela movida pela administração pública federal, com fundamento no poder de polícia (Acórdãos 248/2000 e 71/2000, todos do Plenário e da relatoria do então ministro Bento Bugarin, e Acórdão 1.727/2003, da 1ª Câmara, relatado pelo ministro Augusto Sherman).

5.11. Por fim, muito embora se possa argumentar pela prevalência das decisões do STF sobre as do TCU, convém ressaltar que o julgado trazido à baila pelo recorrente foi prolatado em sede de mandado de segurança, com eficácia *inter partes* e apenas para o caso concreto, não estabelecendo, portanto, qualquer efeito geral ou vinculante.

5.12. Por todo o exposto, as alegações de defesa apresentadas devem ser rejeitadas, uma vez que não é aplicável ao caso os efeitos da prescrição.

6. Da regularidade na aprovação e fiscalização do convênio

6.1 O recorrente Edimar Gomes da Silva argui pela regularidade de sua atuação na aprovação do convênio, tendo em vista os seguintes argumentos:

6.2. Da qualificação técnica e capacidade operacional

a) o conceito de capacidade técnica envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto na contratação almejada pela administração pública;

b) a Prefeitura do Município de Jaguariúna declarou que o instituto conveniente tinha qualificação técnica e operacional e estava funcionando regularmente desde 6/1/2006. Mesmo teor possui as declarações lavradas pela Câmara Municipal de São Paulo, pela Secretaria Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social do Estado de São Paulo, pela Associação Reino do Sol e pela Câmara dos Deputados;

c) é importante registrar que a capacidade técnica operacional não tem qualquer vinculação com aqueles que compõem o corpo técnico da pessoa jurídica. Neste caso, estar-se-ia tratando da capacitação técnica profissional. O Parecer de Avaliação de Regularidade 0091/2012 confundiu tais conceitos, conforme trecho transcrito pela Secex/SP em sua instrução contida à peça 25;

d) com relação à falta de registro do documento, tem-se que a via apresentada não foi aquela devidamente registrada, o que, quando muito, pode ser considerada falha meramente formal, a qual, frisa-se, pode ser corrigida a qualquer tempo pela administração pública;



e) os demais documentos juntados - tal como a ata da assembleia geral do Ibrasi, realizada em 9/7/2009, e o termo de posse da nova diretoria executiva - estavam devidamente registrados.

Análise

6.2.1. Não merece guarida as alegações apresentadas. Por meio do Parecer Técnico nº 295/2009/DPRDT/MTur (peça 1, p. 13-19), o então diretor do Departamento de Programas Regionais de Desenvolvimento do Turismo, Sr. Edimar Gomes da Silva, atestou capacidade do Ibrasi para celebrar o convênio 721084/2009, mesmo ciente das condições impostas pela Portaria Interministerial nº 127 MP/MF/MCT.

6.2.2. Era dever do recorrente avaliar a capacidade da entidade para execução do objeto, conforme preceitua o art. 6º, inciso VII, o art. 18, inciso VII e o art. 22, da Portaria Interministerial 127/2008.

6.2.3. Na verificação da capacidade técnica e operacional da entidade, busca-se selecionar entidade apta à execução do objeto conveniado. Nesse sentido, essa análise é essencial para verificar se a conveniente tem capacidade para executar o objeto pactuado.

6.2.4. Para realizar o objeto pretendido, a entidade recebedora dos recursos transferidos deve necessariamente possuir padrões mínimos de qualificação técnica e capacidade operacional, devendo o órgão ou entidade concedente ou contratante aferir o cumprimento de tais condições previamente à celebração do acordo. Em outras palavras, o concedente deve se certificar, antes de celebrar o termo e, evidentemente, de liberar os recursos, que a entidade recebedora terá condições de realizar o objeto.

6.2.5. Especificamente quanto à qualificação técnica, cabe, portanto, ao concedente ou ao contratante certificar-se de que a entidade proponente possui aptidão técnica para realizar o objeto. Nesse sentido, deverão ser examinados pontos como o desempenho anterior em realização de objetos semelhantes; a existência de corpo técnico qualificado ou a capacidade de sua mobilização; e a similaridade entre o ramo de atuação da entidade e a natureza do objeto do convênio ou contrato de repasse.

6.2.6. Em relação à capacidade operacional, está relacionada aos meios que a entidade possui para executar o objeto, ou seja, informações sobre a existência ou não da infraestrutura mínima necessária para realizar e dar suporte às ações que serão realizadas, tais como os recursos humanos que serão utilizados para o gerenciamento do convênio ou contrato de repasse, os recursos tecnológicos existentes etc.

6.2.7. Nesse sentido, a referida portaria, em seu inciso VII, art. 6, veda a celebração de convênios e contratos de repasse com entidades cujo objeto social não se relacione às características do programa ou que não disponham de condições técnicas para executar o convênio. Mais adiante, o inciso VII do art. 18 determina que, para a realização do cadastramento das entidades privadas sem fins lucrativos será exigido comprovação da qualificação técnica e da capacidade operacional, mediante declaração de funcionamento regular nos três anos anteriores ao credenciamento, emitida por três autoridades do local de sua sede. Por fim, o art. 22 obriga a análise do Plano de Trabalho quanto à sua viabilidade e adequação aos objetivos do programa, e no caso de entidades privadas sem fins lucrativos, avaliar sua qualificação técnica e capacidade operacional para gestão do instrumento, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ou entidade repassador de recursos.

6.2.8. No caso em análise, a Portaria Interministerial 127/2008 estabelecia procedimentos que não foram observados pelo recorrente, do que decorre a sua culpa. Ora, a legislação determina a avaliação da capacidade técnica e operacional da proponente, logo, a inobservância desse dever jurídico caracteriza, ao menos, negligência do diretor do departamento de programas regionais de desenvolvimento do turismo.

6.2.9. Nesse contexto, pesa sobre o recorrente o fato de o objeto social do Ibrasi ter sido modificado em 9/7/2009, cinco meses antes da celebração do convênio, além de o Instituto ter ficado inativo desde 25/3/2006 (Acórdão 2651/2012-TCU-Plenário). Tais circunstâncias exigiriam do MTur uma análise mais cuidadosa nos seus pareceres, haja vista tais constatações colocarem em suspeição a capacidade técnica e operacional da entidade para execução do objeto proposto.

6.2.10. É óbvia a necessidade em se proceder à avaliação da compatibilidade entre as finalidades estatutárias da conveniente, o objeto conveniado e a comprovação da qualificação técnica e operacional, uma vez que tais procedimentos têm por fim selecionar pessoa dotada de capacidade para executar, de forma adequada, o objeto proposto.

6.2.11. Não há nos autos qualquer documento que comprove o desempenho anterior do Ibrasi na realização de objetos semelhantes. Ainda, não foi demonstrado a existência de corpo técnico qualificado em seus quadros ou a capacidade de sua mobilização.

6.2.12. Os atestados mencionados na peça recursal não se prestam a demonstrar a capacidade técnica e operacional da entidade, uma vez não são afetas ao turismo, matéria do convênio. São declarações genéricas,

sem informar qualquer especificidade na atuação do Instituto (peça 1, p. 51, 53, 55, 57, 59). Nesse sentido, devido à especificidade do objeto do convenio e as ações previstas no plano de trabalho, é desarrazoado admitir que declarações genéricas, sem referência a experiências anteriores suprisse a exigência consignada no Decreto 6.170/2007 e na Portaria Interministerial 127/2008.

6.2.13. Desse modo, caberia ao MTur, representado pelo Sr. Edimar Gomes, exigir, diante da especificidade do objeto conveniado, atestados referentes à prestação de serviços de pesquisas, estudos e diagnósticos dos terminais portuários para passageiros no litoral brasileiro. Essa exigência se coaduna com os procedimentos estabelecidos na Portaria Interministerial 127/2008.

6.2.14. Vale destacar que essa Corte já se manifestara em casos semelhantes envolvendo a incapacidade da conveniente. Nesse espeque, em uma de suas manifestações foi determinado ao Ministério do Turismo que somente celebrasse convênios e contratos de repasse com instituições que comprovassem condições para consecução do objeto do programa de trabalho relativo à ação e que desenvolvam programas próprios idênticos ou assemelhados, conforme estabelece o art. 1º, §2º, da IN/STN 1/97, com a redação dada pela IN/STN 7/2007 (Acórdão 1.232/2008-Plenário, item 9.4.). Logo, esta Corte já havia determinado ao Ministério do Turismo a adoção de providências com vista a evitar a ocorrência central tratada neste processo. No entanto, o Sr. Edimar preferiu ignorar tais normativos que conduzem a matéria e a determinação expedida por esta Corte.

6.2.15. O art. 18, inciso I, da Portaria Interministerial MPOG/MF/CFU nº 127/2008 é expresso a respeito da obrigatoriedade de se exigir cópia do estatuto ou contrato social, e de suas alterações, registrados em cartório, para cadastramento das entidades sem fins lucrativos.

6.2.16. O fato de não lhe ser imputado débito, não afasta o alto grau de reprovação das condutas do Sr. Edimar Gomes da Silva, ex-Diretor do Departamento de Programas Regionais de Desenvolvimento do Turismo, que, em vista de suas atribuições funcionais, tinham o dever de evitar a celebração de convênio com entidade não possuidora de condições técnicas compatíveis com o objeto proposto pelo ministério.

6.2.17. Por fim, o conjunto fático-probatório evidenciado nos autos é bastante claro com relação à reprovabilidade da conduta do Sr. Edimar Gomes da Silva, ex-Diretor do Departamento de Programas Regionais de Desenvolvimento do Turismo, que agiu com culpa grave ao aprovar a celebração de convênio com entidade não possuidora de qualificação técnico-profissional compatível com o objeto.

6.3. Das irregularidades do plano de trabalho

O objeto a ser executado era claro, as metas a serem atingidas foram especificadas, o plano de trabalho apresentado apontou também o projeto de aplicação dos recursos financeiros. Diante dessas informações, restou definida a previsão de início e fim da execução do objeto e suas etapas.

Análise

6.3.1. A argumentação do recorrente não merece ser acolhida, pois a decisão emanada por esta Corte de Contas não teve por fundamento irregularidades no plano de trabalho, uma vez que o relatório fundamentador do Acórdão identificou que apesar de serem genéricas, as metas foram mensuráveis e, portanto, propôs o acatamento das alegações de defesa sobre este tópico (peça 91, p. 17, itens 85-88).

6.4. Da regularidade nos gastos com assessoria financeira e contábil

a) gastos com assessoria contábil, assessoria financeira, em convênios e em gerenciamento de projetos (serviços, portanto) não são obrigatoriamente irregulares. Pelo contrário, são gastos que a parte conveniente terá de arcar na execução das atividades conveniadas;

b) não se trata de taxa de administração se tais despesas estão incluídas na contrapartida. Ou seja, não seriam quitados com recursos do convênio.

Análise

6.4.1. Não merece guarida as alegações apresentadas, que estão desprovidas de elementos comprobatórios, além de já terem sido objeto de análise no relatório fundamentador do Acórdão ora recorrido (peça 91, itens 37-42).

6.4.2. Não houve critérios definidos para a mensuração dos valores cobrados a título de assessoria. Nesse sentido, não constam dos autos pesquisa de preço ou orçamento que fundamente tais valores (peça 2, p. 376).

6.4.3. Há de se destacar a inexistência de orçamentos anteriores à celebração do convênio. Identifica-se, porém, que alguns orçamentos foram anexados aos autos em junho de 2010, momento o qual todo o recurso inicialmente previsto no termo de convênio já tinha sido liberado ao conveniente (peça 2, p. 141, 143, 145, 169; peça 2, p. 376).

6.4.4. Oportuno destacar que sem a existência dos orçamentos não há como averiguar a razoabilidade dos valores cobrados, o que deveria ocorrer previamente à celebração do convênio, uma vez que deve se observar se



os mesmos estão em consonância com os preços praticados no mercado local, conforme entendimento desta Corte (Acórdão 1852/2006-TCU-Segunda Câmara). Tal exigência não pode ser cumprida, uma vez que os orçamentos foram apresentados cerca de seis meses após a celebração do ajuste.

6.4.5. A Portaria Interministerial 127/2008 dispõe em seu § 2º do art. 20, que a contrapartida por meio de bens e serviços, quando aceita, deverá ser fundamentada pelo concedente ou contratante e ser economicamente mensurável devendo constar do instrumento, cláusula que indique a forma de aferição do valor correspondente em conformidade com os valores praticados no mercado ou, em caso de objetos padronizados, com parâmetros previamente estabelecidos.

6.4.6. Em que pese tal determinação normativa, constata-se que não houve critérios definidos para a mensuração dos valores cobrados a título de assessoria. Nesse sentido, não constam dos autos pesquisas de preço ou orçamento que fundamente tais valores (peça 2, p. 376).

6.4.7. Cabe ainda reforçar que a citada portaria, no inciso I do art. 39 veda a realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar. Logo, pouco importa a nomenclatura dada a determinada despesa. O fato é que a previsão de gastos com assessoria configura, disfarçadamente, taxa administração, gerência ou similar.

6.5. Da responsabilização pela fiscalização

a) o ora recorrente não detinha qualquer competência para designar servidor para fiscalizar a execução do convênio, tampouco para liberar parcelas;

b) o ora recorrente não tem ligação alguma com o ocorrido, seja na designação de servidor para fiscalização da execução do convênio, seja na elaboração de notas técnicas;

c) deve a irregularidade ser afastada, com a consequente diminuição do montante fixado a título de multa, caso as demais alegações recursais não sejam suficientes para afastar no todo a sanção aplicada.

Análise

6.5.1. A argumentação do recorrente não merece ser acolhida, uma vez que assumia o cargo de diretor do Departamento de Programas Regionais de Desenvolvimento do Turismo e, para tanto, tinha obrigações sobre o acompanhamento do convênio.

6.5.2. Ora, o Sr. Edimar Gomes foi responsável pelo parecer que aprovou termo aditivo de valor, solicitando emissão do empenho sem que houvesse tido qualquer fiscalização pelo Ministério sobre o objeto do convênio (peça 2, p. 226-228). Vale destacar que não se discute nos autos a competência do Sr. Edimar em designar servidor para exercer a fiscalização, mas sim sua irresponsabilidade sobre suas ações as quais acarretaram pagamentos sem o devido zelo, uma vez que o objeto da avença não havia sido fiscalizado pelo MTur.

6.5.3. De acordo com o referido parecer (peça 2, p. 226-228), o Sr. Edimar Gomes, após análise das justificativas e alterações, aprovou o Termo Aditivo no valor de R\$ 1.395.896,80 com o fim de permitir a plena execução do objeto do convênio. Porém, é desarrazoada tal conclusão sobre a execução do objeto, o qual sequer fora fiscalizado anteriormente pelo Ministério. O mínimo de cautela e prudência era exigido dele, na condição de diretor do setor, que deveria ter solicitado informações sobre o cumprimento do objeto e que deveria estar respaldado por fiscalização.

6.5.4. O parecer foi emitido em 27/9/2010. Nesse período já havia sido liberado ao conveniente todo o valor inicialmente previsto no termo de convênio, ou seja, R\$ 5.583.587,00 (peça 1, p. 141, 143, 145, 169). Ainda assim, sem qualquer fiscalização concluindo pela execução do objeto conveniado, o Sr. Edimar Gomes aprovou termo aditivo de valor.

6.5.5. Não é demais lembrar que a Portaria 127/2008, em seu art. 51, § 1º atribui responsabilidade ao agente que participe do ciclo de transferência dos recursos. Ora, o recorrente atuou diretamente nos atos de execução do convênio, autorizando empenhos sem o mínimo de cautela, uma vez que não havia qualquer fiscalização sobre o objeto da avença.

7. Da razoabilidade na imputação do débito e penalidades aplicadas

7.1. Os recorrentes arguem pela falta de razoabilidade na imputação do débito e penalidades aplicadas, tendo em vista os seguintes argumentos:

7.2. A família do recorrente Luiz Gustavo Machado alega não dispor de recursos financeiros para arcar com o pagamento do débito e multa.

Análise

7.2.1. Não merece guarida o argumento apresentado. A alegação de hipossuficiência não é apta a reduzir ou excluir o valor do débito ou da multa aplicada.

7.2.2. As precárias condições financeiras por parte dos responsáveis não afastam a culpabilidade pela prática de atos irregulares. Todavia, nessa hipótese é facultado aos responsáveis o parcelamento do débito ou multa, acrescido dos encargos legais.

7.2.3. O juízo que pode levar à condenação não se prende à condição pessoal do responsável, já que observa os requisitos da responsabilização (ação ou omissão do agente, a ocorrência de prejuízo ao erário, existência de dolo ou culpa do agente e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano).

7.2.4. A condição econômico-financeira do responsável deve ser objeto de análise na fase de execução de eventual acórdão condenatório, ocasião em que poderá orientar o órgão encarregado de propor a execução sobre a viabilidade da ação ou o juízo da execução, de modo a não estabelecer parcelamento do débito capaz de comprometer os meios de sobrevivência do responsável.

7.2.5. No mais, hipossuficiência não é argumento aceitável nos processos desta Corte. Nada obstante, as dívidas podem ser parceladas em até 36 vezes, caso requerido pelo responsável ao Tribunal.

7.3. O Sr. Edimar Gomes apresenta as seguintes alegações:

a) a Sra. Kerima Silva de Carvalho, mesmo respondendo e sendo condenada por um número maior de irregularidades, teve a sua penalidade de multa fixada em valor idêntico ao do ora recorrente;

b) como bem resumem os itens 5 e 6 do voto condutor do Acórdão 170/2017-TCU-Plenário, a Sra. Kerima Silva de Carvalho respondeu, no total, por 8 (oito) ocorrências, sendo sete condutas praticadas juntamente com o ora recorrente e por um ato perpetrado em conjunto com o Sr. Marcus André Almeida;

c) não se pode deixar de lembrar que uma das sete irregularidades apontadas em colaboração com o ora recorrente - qual seja, deficiência na fiscalização do convênio -, este não teve qualquer ação que seja capaz de responsabilizá-lo, tal como exposto no tópico precedente;

d) os Acórdãos 3611/2013 e 170/2017, ambos do Plenário, destacam que não há nexo de causalidade entre ações praticadas e o dano supostamente causado ao erário pela instituição conveniente, razão pela qual afastaram a sua condenação ao pagamento do débito apurado;

e) o Acórdão 3611/2013- TCU-Plenário, prolatado em demanda quase idêntica, também envolvendo o ora recorrente, imputou-lhe multa de R\$5.000,00;

f) ao analisar os Embargos de Declaração, Acórdão 2.346/2017-TCU-Plenário, esta Corte entendeu que naquela oportunidade não poderia ser discutida a valoração da multa imputada. Ainda assim, deixou expresso que o ora recorrente seria reincidente nas irregularidades praticadas, o que justificaria o valor fixado;

g) a reincidência é figura típica do direito penal, sendo o seu conceito previsto expressamente no código penal de 1940, mais especificamente no art. 63. Para que o recorrente seja considerado reincidente na prática de condutas irregulares, os processos que apuram sua responsabilização devem estar transitados em julgado, o que não era a hipótese em tela, quando da prolação do Acórdão 170/2017-TCU-Plenário;

h) não existiu qualquer indício, mínimo que seja, de conluio ou mesmo de responsabilização pelos danos causados ao erário;

i) como exposto no Acórdão 3611/2013-TCU/Plenário, o MTur, à época dos fatos, possuía uma estrutura parca, o que resultou no acúmulo de funções pelo ora recorrente, o qual passou por dificuldades na execução de seus serviços, mesmo tendo despendido todo o esforço possível.

j) o ora recorrente não concorreu em nada para o evento danoso, mesmo que este tenha sido identificado em montante relevante. Desse modo, entende-se que restou desproporcional a aplicação da sanção de proibição de ocupar cargo público ou função de confiança.

Análise

7.3.1. Não assiste razão ao recorrente quanto às penalidades aplicadas, uma vez que foi observado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sopesando a gravidade do ato e a reincidência do responsável.

7.3.2. Ao analisar o banco de dados desta Corte de Contas, observa-se que o Sr. Edimar Gomes da Silva vem praticando diversas irregularidades na gestão da coisa pública, o que pode ser visualizado na tabela abaixo sintetizada:

Ano	TC	Acórdão	Relator	Multa
2012	7	005.361/2011- P	2.651/2012- Augusto Nardes	R\$ 25.000,00
2013	1	028.309/2011- P	3.611/2013- Benjamin Zymler	R\$ 5.000,00
2017		007.519/2014- P	170/2017- Benjamin	R\$



	1	P*	Zymler	50.000,00
2017	6	003.794/2015-1C	2.395/2017-1C	R\$ 50.000,00

* Acórdão ora vergastado

7.3.3. Por meio do Acórdão 2.651/2012-P, o Sr. Edimar foi responsabilizado por aprovação do plano de trabalho e celebração do Convênio 746.753/2010 com entidade privada sem qualificação técnica e capacidade operacional para gerir a avença, nem condições estatutárias condizentes com o objeto conveniado, com infração ao disposto nos arts. 1º, § 2º, 18, inciso VII, e 22 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127/2008.

7.3.4. Quanto ao Acórdão 3611/2013-TCU-Plenário, citado pelo ora recorrente, observa-se que não serve de paradigma para este caso, principalmente porque tratou de situação distinta, não constituindo autêntico precedente a ser replicado no processo em causa. À época, o recorrente fora responsabilizado por duas irregularidades, quais sejam, a emissão de parecer que aprovou a celebração de convênio e de parecer que atestava a aprovação de contas apresentada pela empresa, não obstante as diversas falhas existentes na execução da avença. Para tanto, foi fixado o valor da multa, individualmente, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

7.3.5. No Acórdão 2395/2017-1ª Câmara, o recorrente foi responsabilizado por não ter avaliado de modo diligente o orçamento constante no termo de referência e a capacidade técnico operacional da Sociedade Evangélica Beneficente de Curitiba em executar o objeto do convênio 1416/2010, ao emitir parecer aprovando a celebração do referido convenio. Por essas razões, lhe foi aplicada uma multa no valor de R\$ 50.000,00.

7.3.6. No caso em comento, que resultou na prolação do Acórdão 170/2017-TCU-Plenário, o Sr. Edimar Gomes da Silva foi responsabilizado por diversas irregularidades, tais como celebração do convênio 721084/2009 com entidade que não detinha qualificação técnica e capacidade operacional para gerir a avença, além de que não ter condições estatutárias condizentes com o objeto da avença, aceitação de contrapartida em bens e serviços com inobservância do inciso I, do art. 39 da Portaria Interministerial 127/2008, ausência de efetiva fiscalização em desacordo com a Portaria Interministerial 127/2008 (peça 91).

7.3.7. A fim de assegurar que as penalidades impostas sejam as mais justas possíveis (proporcionalidade), é pertinente que sejam consideradas a reiteração de condutas irregulares e as respectivas penalidades. Logo, o caráter reincidente de práticas irregulares pelo responsável deve ser considerado na gradação da penalidade, tendo sido objeto de ponderação no voto condutor do Acórdão 170/2017-Plenário (peça 90, item 31).

7.3.8. Por oportuno, há de se destacar que, quando da aprovação para a celebração do convênio 1.550/2009, esta Corte de Contas já havia determinado ao Ministério do Turismo que somente celebrasse convênios e contratos de repasse com instituições que comprovassem dispor de condições para consecução do objeto do programa de trabalho relativo à ação e que desenvolvam programas próprios idênticos ou assemelhados, conforme estabelece o art. 1º, §2º, da IN/STN 1/97, com a redação dada pela IN/STN 7/2007 (Acórdão nº 1.232/2008-Plenário, item 9.4.). Em que pese tal orientação, o responsável Sr. Edimar Gomes atuou na contramão da referida determinação.

7.3.9. É sabido que a dosimetria da multa aplicada aos responsáveis no acórdão condenatório, como é praxe nos processos deste Tribunal e ao contrário do processo penal, não foi realizada em função de cada ato praticado, e sim pelo conjunto dos atos irregulares tratados no processo. Há uma sanção única, que reflete o universo dos fatos do processo, sem a necessidade de quantificar sanções em separado para cada infração.

7.3.10. A ponderação do valor de cada uma dessas apenações é tarefa do julgador, cabendo a ele ponderar a gravidade relativa das irregularidades na hora de calcular a dosimetria da pena a ser aplicada.

7.3.11. Por óbvio não há, nas multas do art. 58 da Lei 8.443/1992, proporção a ser seguida com rigidez matemática, a exigir que se for elidida uma só das falhas a multa tenha, necessariamente, que ser reduzida em determinado grau.

7.3.12. No caso da multa do art. 58, a diretriz a ser observada nesse trânsito entre o mínimo e o máximo permitidos pela lei é a de que o valor estabelecido no caso concreto seja compatível com a gravidade da conduta globalmente considerada, atendo-se à lesividade de seus efeitos e à culpabilidade do agente, com vistas a atender às finalidades de reprovação e prevenção do ilícito.

7.3.13. Nesse espeque, ainda que houvesse o acolhimento das razões recursais acerca do débito ou de alguma irregularidade, tal não implicaria, necessariamente, na redução da multa, cabendo ao julgador *ad quem* reavaliar a lesividade do conjunto das condutas irregulares remanescentes e a culpabilidade do agente para daí fixar nova apenação que atenda às finalidades de reprovação e prevenção do ilícito, devendo-se respeitar, tão-somente, o princípio do *non reformatio in pejus*.



7.3.14. A respeito de que não houve dolo por parte do recorrente, urge fazer algumas considerações sobre o assunto. A doutrina explica a conduta culposa *lato sensu*, dividindo-a em dolo e culpa *stricto sensu*. O dolo, em suma, significa a vontade manifesta pelo ser humano de realizar a conduta ou produzir o resultado. A culpa *stricto sensu* refere-se à inobservância ao dever de cuidado objetivo a todas as pessoas de razoável diligência. Sobre essa última, observa-se, ainda, que uma das suas modalidades é a culpa por negligência, ou seja, culpa por ação, por praticar ato sem o devido cuidado e diligência que de todos se espera. Acerca dos fatos constantes nos autos, nota-se que se o recorrente não agiu com dolo, agiu pelo menos com culpa por negligência, e isso basta para que esta Corte de Contas, com base na responsabilidade subjetiva, cujo elemento essencial é a culpa, comine multa ao recorrente.

7.3.15. Conforme a firme jurisprudência do TCU, a imputação das sanções do art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992, assim como do débito, exige apenas a verificação da ocorrência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, o que restou evidenciado, no presente caso concreto, diante da conduta do responsável.

7.4. Alegações do Sr. Marcus André Almeida

a) a multa aplicada foi no valor de R\$ 15.000,00, o que corresponde a 30% do valor da multa aplicada aos demais responsáveis. Contudo, a participação do recorrente nos atos praticados em relação ao Convênio 721084/2009, foi muito menor que um terço em relação aos outros dois responsáveis;

b) o Parecer Técnico Complementar 330/2009/DPRDT/SNPDT/Mtur foi elaborado pela assistente técnica Kerima Silva Carvalho, e, posteriormente, submetido ao então diretor do Departamento de Programas Regionais de Desenvolvimento do Turismo substituto, Marcus André Almeida, ora recorrente, apenas em complementação ao Parecer Técnico 295/2009/DPRDT/SNPDT/Mtur, elaborado, pela mesma assistente técnica, conjuntamente com o diretor Edimar Gomes da Silva;

c) o Sr. Marcus André Almeida ocupou o cargo de diretor do departamento de programas regionais de desenvolvimento do turismo substituto, de julho de 2008 a outubro de 2011, quando foi exonerado a pedido, sendo o Parecer Técnico Complementar em apreço o único ato do qual tomou parte durante a vigência do convênio 721084/2009;

d) após a elaboração do Parecer Técnico 295/2009/DPRDT/SNPDT/Mtur, favorável a celebração do convênio, foi submetido ao Sr. Marcus André Almeida o Parecer Complementar objeto de questionamento, e, inexistindo quaisquer razões para discordar da análise técnica, foi ratificado pelo então diretor substituto. Em seguida, o processo seguiu seus devidos trâmites, nos quais o Sr. Marcus André não mais atuou, ou mesmo tinha qualquer poder de gestão ou dever de fiscalização sobre o Convênio 721084/2009;

e) o Sr. Marcus André, após receber o Parecer Técnico Complementar 330/2009/DPRDT/SNPDT/Mtur e a documentação pertinente, inclusive a pesquisa de preços e orçamentos, verificou que os termos do parecer e respectiva documentação estavam de acordo com os parâmetros técnicos e normativos aplicáveis, e, agindo no estrito cumprimento dos seus deveres funcionais, ratificou o parecer;

f) quanto à ausência dos orçamentos e cotações de preço nos autos e no Siconv, impende ressaltar que a juntada destes aos autos era de responsabilidade única e exclusiva da assistente técnica Kerima Silva, como demonstram os documentos anexos extraídos dos autos do processo;

g) à época não existia qualquer razão para se desconfiar da idoneidade e boa-fé da assistente técnica. Com efeito, apenas quando deflagrada a operação Voucher pela Polícia Federal é que se soube que Kerima Silva e Edimar Gomes teriam agido ilicitamente de forma a favorecer o Ibrasi;

h) não pode ser punido, o Sr. Marcus André, pelos atos ilícitos da assistente técnica Kerima Silva Carvalho na devida instrução do processo administrativo ou irregularidade na documentação. Nesse sentido, já se manifestou essa egrégia Corte, no Acórdão 10.642/2015- Segunda Câmara.

Análise

7.4.1. Não assiste razão ao recorrente quanto ao valor da multa aplicada, uma vez que foram observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao sopesar a gravidade do ato e o valor da multa imputado.

7.4.2. Por meio da prolação do Acórdão 170/2017-Plenário, o Sr. Marcus André de Almeida foi responsabilizado por atestar que os custos do projeto foram auferidos conforme pesquisa de preços e orçamentos, apesar de não haver no processo ou no Siconv anexação desta pesquisa de preços e orçamentos e, tampouco, justificativa dos valores apresentados no plano de trabalho, configurando inobservância do art. 45 da Portaria Interministerial 127/2008 e do Acórdão TCU 2140/2011- Plenário. Para tanto, foi fixado o valor da multa, individualmente, em R\$ 15.000,00.



7.4.3. O recorrente, na condição de diretor substituto do Departamento de Programas Regionais de Desenvolvimento do Turismo, deixou de observar o cuidado mínimo que dele se esperava nestes casos de transferências voluntárias, principalmente quando se trata de convênio envolvendo vultosa quantia, como ocorreu no caso sob análise. A atuação do recorrente conduziu à assertiva de que o projeto estava fundamentado em orçamentos e pesquisas de preço. Porém, tal situação era inverídica.

7.4.4. Diante dessa situação, é cabível a aplicação da multa, especialmente em razão do caráter retributivo e preventivo, tendo em vista que o objeto pactuado foi malogrado devido à falta de cautela e prudência na atuação do Sr. Marcus André. Nesse sentido, por se questionar o valor da multa imputada, vale as considerações feitas nos itens 7.3.9 a 7.3.13 deste relatório.

7.4.5. Do exposto, configura-se razoável a imputação da multa ao recorrente, uma vez que o fundamento é ato de competência própria efetivamente praticado pelo recorrente, qual seja, atestar indevidamente que os custos do projeto foram auferidos conforme pesquisa de preços e orçamentos.

8. Da nulidade de notificação

8.1. O recorrente Luiz Gustavo Machado argui pela nulidade de sua notificação, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) o recorrente foi internado no hospital em 8/10/2016, tendo recebido alta no dia 12/12/2016;

b) o recorrente encontra-se em coma não induzido (em virtude da grande sequela neurológica que sofreu ao ter uma parada cardiorrespiratória), é acamado, traqueostomizado, possui osteoporose, apenas se alimenta por sonda nasointestinal, e é totalmente dependente de terceiros para suas atividades de vida diárias (visto que não se mexe, tampouco fala e, ainda por cima, está com o braço esquerdo fraturado), além de não ter previsão de recuperação.

c) dessa forma, não houve ciência válida do recorrente quanto à notificação, sendo certo que o estado de inconsciência autoriza a sua declaração de nulidade;

d) requer que seja considerada nula a intimação realizada por meio do Ofício nº 0475/2017 - TCU/SECEX seja autorizada a suspensão do processo por sessenta dias.

Análise

8.2. Não merecem guaridas as alegações apresentadas.

8.3. Primeiramente, há de se destacar que não consta dos autos a interdição, por via judicial, do recorrente, nem mesmo uma declaração quanto à alegada inimputabilidade, ou qualquer comprovação por meio de laudos psiquiátricos, nos termos do art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal, c/c o art. 26, caput, do Código Penal.

8.4. O que se verifica é a existência de documentos sobre a sua internação no Hospital Beneficência Portuguesa de São Paulo, além de relatório médico com o diagnóstico do paciente (peça 115, p. 5-10).

8.5. Vale destacar que o Ofício 0475/2017 - TCU/SECEX, o qual solicitam nulidade, apenas notificou o Sr. Luiz Gustavo Machado sobre a prolação do Acórdão ora vergastado.

8.6. Não obstante o que afirma a defesa, a existência da doença não significa o reconhecimento da incapacidade civil a que se refere o art. 3º do Código Civil. De acordo com o art. 1.767, e seguintes, do Código Civil, para que uma pessoa seja considerada civilmente incapaz, em decorrência de enfermidade que a tenha privado do discernimento necessário para os atos da vida civil, é necessária sua interdição, por via judicial, solicitada pelos pais, pelo cônjuge, por parente ou pelo Ministério Público, com a consequente nomeação de curador. Não foram trazidas aos autos provas de que isso tenha ocorrido.

CONCLUSÃO

9. Em face das análises anteriores, conclui-se que:

a) segundo jurisprudência pacífica deste Tribunal, o débito a que foi condenado os responsáveis é imprescritível, sendo decenal a prescrição da pretensão punitiva, não ocorrendo essa prescrição no caso concreto;

b) a Portaria 127/2008, em seu art. 51, § 1º atribui responsabilidade ao agente que participe do ciclo de transferência dos recursos. O Sr. Edimar Gomes atuou diretamente nos atos de execução do convênio, autorizando empenhos sem o mínimo de cautela, uma vez que não havia qualquer fiscalização sobre o objeto da avença;

c) no caso em análise, a portaria interministerial 127/2008 estabelecia procedimentos que não foram observados pelo Sr. Edimar Gomes, do que decorre a sua culpa. Ora, a legislação determina a avaliação da capacidade técnica e operacional da proponente, logo, a inobservância desse dever jurídico caracteriza, ao menos, negligência do diretor do departamento de programas regionais de desenvolvimento do turismo;



d) a existência de doença, ainda que grave ou incapacitante, somente repercute na capacidade civil do recorrente após a declaração judicial de interdição, situação não comprovada nos autos;

e) conforme a firme jurisprudência do TCU, a imputação das sanções do art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992, assim como do débito, exige apenas a verificação da ocorrência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, o que restou evidenciado, no presente caso concreto, diante da conduta dos responsáveis.

9.1. Com base nessas conclusões, os elementos apresentados pelos recorrentes não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, devendo-se mantê-la em seus exatos termos.

9.2. Registre-se, por fim, que o advogado Thiago Groszewicz Brito (OAB/DF 31.762) protocolou petição de renúncia de poderes conferidos nos presentes autos com retirada do seu nome do acompanhamento processual (peça 171). O referido advogado é relacionado pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz no Anexo I ao Ofício nº 5/2013 – GAB.MIN-AC dentre aqueles que dão causa a seu impedimento, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

- a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) comunicar aos recorrentes e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.”

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conheço dos recursos de reconsideração interpostos Luiz Gustavo Machado, Edimar Gomes da Silva e Marcus André Almeida contra o acórdão 170/2017, mantido pelo acórdão 2.346/2017, ambos do Plenário.

2. O acórdão recorrido julgou processo de tomada de contas especial instaurado em decorrência de irregularidades na execução do convênio 1.550/2009, celebrado entre o Ministério do Turismo - MTur e o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável - Ibrasi, com o objetivo de desenvolver metodologia para realização de pesquisas e aplicá-la no estudo e diagnóstico dos terminais portuários para passageiros no litoral brasileiro.

3. Foram julgadas irregulares as contas do Ibrasi e de seu diretor executivo, Luiz Gustavo Machado, com condenação solidária ao pagamento do débito apurado, aplicação de multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 e solicitação à Advocacia-Geral da União para que adotasse as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis.

4. Adicionalmente, foram aplicadas multas a três servidores do Ministério do Turismo que atuaram em etapas da celebração e fiscalização do referido convênio, entre eles os recorrentes Edimar Gomes da Silva, diretor do Departamento de Programas Regionais de Desenvolvimento do Turismo, e seu substituto, Marcus André Almeida. O diretor titular foi ainda inabilitado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública por 8 anos.

5. Os pareceres uníssomos da Secretaria de Recursos - Serur e do Ministério Público junto ao TCU - MPTCU foram no sentido de conhecer os recursos e negar-lhes provimento.

6. Acolho essas manifestações, que adoto como razões de decidir este processo, com os destaques e acréscimos que faço na sequência.

I

7. Os argumentos recursais contra a condenação do diretor executivo do Ibrasi, Luiz Gustavo Machado, foram apresentados por meio dos expedientes de peças 115 e 139.

8. O primeiro foi encaminhado em 20/3/2017, por sua filha, Nathalia Pascoal Machado, que requereu fosse considerada nula a intimação realizada por meio do ofício 475/2017 e fosse suspenso o processo por sessenta dias em função do grave estado de saúde de seu genitor, que permanecia inconsciente. Destacou que a família não disporia de recursos para arcar com a dívida e solicitou o recebimento do pedido de reconsideração, com remissão aos argumentos apresentados nas alegações

de defesa, bem como a possibilidade de posterior regularização da representação quando da retomada de consciência do responsável.

9. O segundo expediente foi encaminhado em 19/5/2017, pelo representante legal da curadora, Miriam Paschoal Machado. Dessa feita, alegou-se que os procuradores desconheceriam a questão discutida nos autos, que não teria havido comunicação de acordo com o regimento interno e haveria necessidade de buscar a verdade material, com sobrestamento do julgamento do processo até que o responsável pudesse responder pessoalmente. Solicitou-se, ainda, a convalidação dos atos praticados pela filha do responsável, a prorrogação do prazo para interposição de recurso de reconsideração e a realização de diligência na residência do responsável.

10. De início, observa-se que não restou caracterizada a nulidade da comunicação encaminhada pelo TCU. O ofício 475/2017, que comunicou o julgamento das contas ao responsável, foi recebido em sua residência em 7/3/2017 (peças 93, 102 e 113).

11. À época, os procuradores que haviam sido originalmente constituídos nos autos já haviam renunciado aos poderes outorgados (peça 88, de 3/8/2016). A curadora, esposa do responsável, além de residir no mesmo endereço, foi designada apenas em maio de 2017 (peça 139, p. 21), e a procuração do representante legal por ela constituído, juntada aos autos naquele mesmo mês (peça 137).

12. Ademais, não é necessário que a comunicação processual seja pessoalmente entregue ao destinatário. É suficiente que o ofício com o aviso de recebimento dos Correios (AR) seja recebido no endereço do responsável, obtido em fonte de dados oficial (art. 4º, inciso II, da Resolução 170/2004), como ocorreu neste caso.

13. As solicitações de sobrestamento do julgamento dos autos e de prorrogação de prazo para apresentação de recurso não podem ser acolhidas. A impossibilidade de o responsável apresentar defesa pessoalmente não constitui motivação suficiente para fundamentar o citado sobrestamento uma vez que o responsável tem a prerrogativa de atuar por meio de representante legal. De todo modo, a fase de instrução do processo, na qual esse procedimento poderia ser cogitado, já se encerrou com o julgamento da TCE. Por sua vez, o prazo para apresentação de recursos é fixado por dispositivo legal (art. 33 da Lei 8.443/1992), o que inviabiliza prorrogações.

14. Quanto à defesa apresentada em resposta à citação, ratifico o exame empreendido pela unidade técnica acolhida pelo relator *a quo* no sentido de rejeitá-la porque insuficiente para afastar as graves irregularidades constatadas no convênio, que levaram à identificação de débito pelo valor dos recursos repassados (R\$ 6,9 milhões, em valores históricos de 2010).

15. O detalhado parecer técnico produzido pelo MTur (peça 3, pp. 64-112) relacionou as diversas irregularidades verificadas nos contratos celebrados pelo Ibrasi para execução do convênio. Constatou-se que não foi executado o previsto no Termo de Referência, além de “os serviços terem sido copiados da internet sem que suas fontes tenham sido citadas e sem qualquer comprovação de terem sido elaborados por consultores na forma especificada, o que pode ficar caracterizado como plágio”.

16. Além do não cumprimento do objeto, várias outras irregularidades foram apontadas, a exemplo de definição de metas não mensuráveis para o alcance dos objetivos propostos, pagamento com recursos do convênio a contratados que desempenhavam funções dentro do Ministério do Turismo (servidores ou terceirizados) e ocorrência de saques sem correspondência com a nota fiscal.

17. As alegações de defesa apresentadas, de fato, não foram acompanhadas de documentação comprobatória hábil a desconstituir as irregularidades verificadas nos pagamentos.

18. Sobre o não cumprimento do objeto, argumentou-se, genericamente, que os relatórios previstos no plano de trabalho teriam sido entregues e que seria prática usual se valer de pesquisas na internet (peça 60).

19. No entanto, conforme destacado na instrução da unidade técnica que integrou a etapa de julgamento das contas (peça 72), a referida prática teria sido utilizada de forma irregular, e “os serviços teriam sido copiados da internet sem qualquer comprovação de terem sido elaborados por consultores na forma especificada”. E como registrado pelo relator *a quo* (peça 90, p. 4):

“10. O citado parecer observou que o objeto do Convênio era ‘desenvolver metodologia para realização

de pesquisas e promover a sua aplicação no que tange ao estudo e diagnóstico dos terminais portuários para passageiros'. No entanto, os relatórios produzidos pelo Ibrasi apenas apresentaram informações relacionadas ao mercado de cruzeiros e não trataram de metodologia de pesquisa, conforme especificações do Projeto Básico.

11. Ademais, não foram apresentados os dados das empresas que trabalharam na elaboração dos relatórios nem a ficha técnica dos especialistas disponibilizados para a elaboração de tais estudos. Como observado, existiram várias informações retiradas integralmente da rede mundial de computadores, sem que suas fontes tenham sido citadas.”

20. Na peça de defesa do responsável não foram apresentadas evidências capazes de infirmar a conclusão de que o objeto não poderia ser considerado executado, a qual se baseou em críticas específicas e detalhadas indicadas no parecer técnico do MTur, agravadas por irregularidades adicionais que também não foram afastadas (peça 3, p. 82-110). Desse modo, não há reparos a fazer no encaminhamento dado na deliberação recorrida no sentido da responsabilização do diretor executivo do Ibrasi quanto ao débito ou das penalidades a ele aplicadas.

II

21. Os recorrentes Edimar Gomes da Silva e Marcus André Almeida, na qualidade de servidores do MTur, foram multados em R\$ 50 mil e R\$ 15 mil, respectivamente, por irregularidades constatadas nos procedimentos de celebração e de fiscalização do convênio.

22. O primeiro foi responsabilizado por várias irregularidades (peça 41), entre as quais se destaca a celebração do convênio com entidade privada que não detinha qualificação técnica e capacidade operacional nem condições estatutárias condizentes com o objeto da avença. Houve também a aceitação de contrapartida em bens e serviços com inobservância da norma (Portaria Interministerial 127/2008) bem como a liberação de parcela de recursos e a celebração de aditivo (com aumento do valor) sem qualquer tipo de fiscalização e sem a apresentação de produtos pela conveniente.

23. Em sua peça recursal, esse servidor alegou que deveria ser reconhecida a prescrição quinquenal para a pretensão punitiva do TCU e, quanto ao mérito, seus principais argumentos destacaram, em síntese: (i) a aparência de legalidade dos atestados da conveniente e regularidade do plano de trabalho apresentado; (ii) a inexistência de responsabilidade quanto à ausência de fiscalização; (iii) a violação da isonomia e proporcionalidade na aplicação da multa e na proibição de ocupar cargos públicos em comparação a casos idênticos.

24. Tais alegações foram rechaçadas pela Serur, conforme análise reproduzida no relatório precedente (itens 5 a 7), que adotei para fundamentar este voto.

25. Quanto à prescrição, prevalece neste Tribunal o prazo decenal indicado no art. 205 do Código Civil, conforme deliberado em incidente de uniformização de jurisprudência por meio do acórdão 1.441/2016 - Plenário. Eventuais decisões do Supremo Tribunal Federal sem repercussão geral afetam condenações específicas, sem efeito *erga omnes* que possa ser aproveitado a favor do recorrente.

26. Sobre os demais questionamentos, destaco que os atestados de qualificação técnica do Ibrasi (peça 1, fls. 51-59) eram genéricos e não indicavam a execução de objetos similares aos estabelecidos no convênio. Tampouco foram relacionados os meios disponíveis para executar o objeto, a infraestrutura existente, os profissionais ou recursos tecnológicos que seriam utilizados.

27. Apesar disso, em parecer técnico assinado por esse recorrente (peça 1, p. 13-19), constou a afirmação de que a conveniente, “além de seu corpo técnico, conta com pessoal especializado, de sorte que atende plenamente aos requisitos técnicos e gerenciais para execução em análise” e “Os aspectos técnicos, financeiros e operacionais da proposta foram analisados considerando os profissionais alocados ao projeto, que estão adequados à proposta, assim como os materiais, despesas e demais aspectos correlatos”.

28. A insuficiência da documentação apresentada pela conveniente para comprovar sua capacidade técnica contrasta com a complexidade e a materialidade envolvidas no objeto a ser entregue – um projeto de desenvolvimento de metodologia e de aplicação em estudo e diagnóstico de terminais portuários de passageiro, no valor de inicial de mais de R\$ 6 milhões.



29. Quanto à ausência de fiscalização, o recorrente havia participado das etapas anteriores à celebração como titular da diretoria responsável pelos programas regionais de desenvolvimento do turismo e atuou como gestor do projeto executado pelo Ibrasi. Nesse sentido, aprovou o termo aditivo que aumentou o valor do ajuste em R\$ 1,5 milhão e solicitou a emissão de empenho sem que houvesse informação disponível sobre o acompanhamento da execução do convênio e sobre a adequação dos produtos desenvolvidos, porquanto o objeto não havia sido fiscalizado.

30. Nos termos da norma disciplinadora dos convênios (Portaria 127/2008, art. 51, § 1º), os agentes que fizerem parte do ciclo de transferência de recursos são responsáveis, para todos os efeitos, pelos atos que praticarem no acompanhamento da execução da avença. Portanto, não procede a alegação que visa a isentá-lo de responsabilidade pela absoluta ausência de providências para o acompanhamento da execução do ajuste.

31. Sobre a isonomia e a proporcionalidade na aplicação de penalidades, não caberia restringir a quantificação da multa a fórmula baseada em mera proporcionalidade em relação ao quantitativo de irregularidades atribuídas a cada responsável. Não se pode prescindir da avaliação acerca da gravidade inerente ao conjunto de ocorrências identificadas bem como acerca do grau de responsabilidade decorrente da conduta inquinada e do cargo ocupado por cada um deles.

32. No caso concreto, não foi evidenciada incompatibilidade em relação à multa aplicada, especialmente se ponderadas as peculiaridades do caso específico, sobre o qual pesam como agravantes a natureza complexa do objeto e a materialidade envolvida no convênio.

33. Como registrado pela Serur, é relevante destacar, nesse contexto, deliberação do TCU por meio da qual foi determinado ao MTur, ainda em 2008, que somente celebrasse convênios e contratos de repasse com instituições que comprovassem dispor de condições para consecução do objeto pactuado (acórdão 1.232/2008-Plenário). E a evidência de que esse servidor foi responsabilizado por irregularidades de mesma natureza em outros processos do Tribunal apontados pela unidade técnica inviabiliza a pretensão de enquadrar a ocorrência constatada nesta TCE como fato isolado com vistas a ensejar redução do valor da multa.

34. Assim, em conjunto, os argumentos recursais foram insuficientes para afastar o contundente conjunto de irregularidades na celebração e execução do convênio atribuídas a esse servidor ou justificar a alteração na multa imposta.

35. Por fim, o recorrente Marcus André Almeida, na condição de substituto, teria exercido a função de diretor no período de julho de 2008 a outubro de 2011. No recurso, apontou a suposta desproporcionalidade no valor da multa em relação ao número de irregularidades a ele imputadas. Sua responsabilização teria sido apenas por ratificar parecer, e, na época – anterior à deflagração da Operação “Voucher” pela Polícia Federal –, não existia qualquer razão para se desconfiar da idoneidade e boa-fé dos demais servidores, que supostamente teriam agido ilicitamente de forma a favorecer o Ibrasi.

36. Tais argumentos também foram refutados pela unidade técnica.

37. Destaque-se que os orçamentos constantes no processo apresentaram diversas irregularidades. Não haviam sido devidamente orçados os bens e serviços que compunham a contrapartida do convênio. Os custos do projeto não haviam sido devidamente auferidos por pesquisa de preços e orçamentos, e não havia justificativa suficiente para os valores apresentados no plano de trabalho. Seis meses após a assinatura da avença, foram enviados alguns dos orçamentos, vários deles com data posterior à de assinatura do termo de convênio.

38. Entre os orçamentos apresentados várias foram as irregularidades apontadas pelo MTur (peça 3, p. 202-204 e 208-210), a exemplo de: solicitação de orçamento com descrição vaga e imprecisa dos serviços; indicação de serviços apenas para o estado da Bahia, não obstante devesse a pesquisa ter abrangido a costa brasileira; propostas de orçamento no valor de mais de R\$ 3 milhões sem detalhamento; propostas com fortes indícios de irregularidades – descrições idênticas e sem CNPJ da empresa; ausência de qualificação dos consultores; solicitação de orçamentos a empresas com



atividade econômica incompatível com o objeto; orçamento de transporte aéreo e terrestre sem definir a quantidade ou os trechos das viagens.

39. Com irregularidades e deficiências graves no orçamento, esse responsável aprovou o Parecer Técnico Complementar 330/2009/DPRDT/SNPDT/Mtur (peça 1, p. 61-62), no qual foi atestado que “a mensuração dos bens e serviços que compõe a contrapartida do convênio, bem como a relação pormenorizada dos custos totais do mesmo foram auferidos conforme pesquisa de preços e orçamentos”.

40. Conquanto sua participação no conjunto de irregularidades verificadas nesse convênio tenha sido inferior em relação aos demais responsáveis – fato que ensejou aplicação de multa em valor menor –, sua participação não pode ser subestimada, ante a importância da etapa que foi por ele sancionada e que deveria assegurar a adequação dos custos de convênio de expressiva materialidade.

41. Em conclusão, os recursos apresentados não trouxeram argumentos ou documentos com força suficiente para descaracterizar as irregularidades apontadas nestes autos e, por essa razão, não devem ser providos.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a minuta de acórdão que submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2305/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 007.519/2014-1
2. Grupo I – Classe I – Recurso de Reconsideração.
3. Recorrentes/Responsáveis:
 - 3.1. Recorrentes: Edimar Gomes da Silva (CPF 134.463.088-06), Luiz Gustavo Machado (CPF 813.598.538-04) e Marcus André Almeida (CPF 778.995.121-15).
 - 3.2. Responsáveis: Edimar Gomes da Silva (CPF 134.463.088-06), Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável - Ibrasi (CNPJ 07.054.515/0001-13), Kerima Silva Carvalho (CPF 066.401.516-69), Luiz Gustavo Machado (CPF 813.598.538-04) e Marcus André Almeida (CPF 778.995.121-15).
4. Unidades: Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável - Ibrasi e Ministério do Turismo - MTur.
5. Relatora: ministra Ana Arraes.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos - Serur.
8. Representação legal:
 - 8.1. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Júlio Cesar Chaves Cocolichio (OAB/SP 303.423) e outros representando Luiz Gustavo Machado;
 - 8.2. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros representando o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável;
 - 8.3. Guilherme Antônio Brito Gonçalves Barbosa (OAB/DF 45.197) e outros representando Edimar Gomes da Silva;
 - 8.4. Lucas Ferreira Paz Rebuá (OAB/DF 28.950) e outro representando Marcus André Almeida;
 - 8.5. Júlio Cesar Chaves Cocolichio representando Nathalia Paschoal Machado.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes recursos de reconsideração contra o acórdão 170/2017, mantido pelo acórdão 2.346/2017, ambos do Plenário.



ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, diante das razões expostas pela relatora e com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, em:

9.1. conhecer dos recursos de reconsideração interpostos por Marcus André Almeida, Luiz Gustavo Machado e Edimar Gomes da Silva e negar-lhes provimento;

9.2. dar ciência deste acórdão aos recorrentes, ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo e aos demais comunicados da deliberação original.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2305-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes (Relatora) e Bruno Dantas.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.

13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 008.528/2016-0

Natureza: Embargos de Declaração.

Unidade: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Embargante: Carlos César Pereira (CPF 309.546.309-04).

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE SUPOSTAS CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DE MÉRITO. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Carlos César Pereira opôs embargos de declaração (peça 71) contra o acórdão 1.967/2018 - Plenário, que negou provimento a recurso de reconsideração contra o acórdão 2.358/2017 - Plenário. Este último julgou suas contas irregulares, o condenou em débito e lhe aplicou multa em face de concessão fraudulenta de benefício previdenciário na agência da Previdência Social/Tijucas.

2. Em síntese, o embargante alegou contradição no acórdão embargado porque não lhe foi conferido o direito de produzir provas orais, e tal fato, em seu juízo, desrespeitaria o contraditório e a ampla defesa. Alegou que este Tribunal não poderia escolher o tipo de prova a ser admitida ou não.

3. Argumentou que, desde as auditorias promovidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, já se manifestava pela oitiva de testemunhas e que os fundamentos do acórdão recorrido são contraditórios porque houve apego a provas que se encontram *sub judice*, já que o processo cível foi julgado improcedente e o criminal ainda pende de julgamento.

4. Definiu como omissão as penalidades aplicadas porque inexistem provas com trânsito em julgado e por haver sua própria negativa em relação a autoria das práticas que lhe foram atribuídas.

5. Alegou ainda que a penalidade de multa foi aleatória e não razoável, assim como não foram esclarecidas sua motivação nem a aplicação da pena de inabilitação, e que o acórdão se utilizou apenas de afirmações genéricas para justificar as apenações.



6. Por fim requereu o conhecimento e o provimento destes embargos, o saneamento das contradições e omissões, cassação da decisão prolatada e o reinício da instrução para possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

É o relatório.

VOTO

Tendo em vista haver sido invocado possível vício de obscuridade e de omissão no acórdão 1.967/2018 - Plenário, pressupostos específicos dos embargos de declaração, e por haverem sido preenchidos os demais requisitos do art. 34, § 1º, da Lei 8.443/1992, a peça recursal de Carlos César Pereira (peça 71) pode ser conhecida.

2. Referida deliberação negou provimento a recurso de reconsideração contra o acórdão 2.358/2017 - Plenário, que julgou suas contas irregulares, o condenou em débito, lhe aplicou multa e o inabilitou para exercer cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública em face de concessão fraudulenta de benefício previdenciário na agência da Previdência Social/Tijucas.

3. O embargante alegou contradição no acórdão guerreado porque não lhe foi conferido o direito de produzir provas orais, e tal fato, em seu juízo, teria ofendido o contraditório e a ampla defesa. Ajuizou que este Tribunal não poderia escolher o tipo de prova a ser admitida ou não.

4. Argumentou que, desde as auditorias promovidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, já se manifestava pela oitiva de testemunhas e que os fundamentos do acórdão recorrido são contraditórios porque houve apego a provas que se encontram *sub judice*, já que o processo cível foi julgado improcedente e o criminal ainda pende de julgamento.

5. Definiu como omissão as penalidades aplicadas porque inexistem provas com trânsito em julgado e por haver sua própria negativa em relação a autoria das práticas que lhe foram atribuídas.

6. Alegou ainda que a penalidade de multa foi aleatória e não razoável, assim como não foram esclarecidas sua motivação nem a aplicação da pena de inabilitação, e que o acórdão se utilizou apenas de afirmações genéricas para justificar as apenações.

7. Por fim requereu “o conhecimento e provimento destes embargos, o saneamento das contradições e omissões, a cassação da decisão prolatada, e a baixa dos autos para possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa”.

8. Passo à análise. A obscuridade e a omissão suscitadas não existiram.

9. Os documentos que compõem os autos fazem prova inequívoca e eloquente de que o processo respeitou, a todo momento, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República.

10. O responsável foi regularmente citado para apresentar sua defesa, posteriormente se valeu das vias recursais cabíveis, como o recurso de reconsideração, e, neste momento processual, embargos de declaração.

11. Este Tribunal já esclareceu que, nos termos do art. 162 do Regimento Interno, *in verbis*: “as provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros”.

12. Também foi tratado no item 9 do voto condutor do acórdão embargado a motivação e a base legal das penalidades aplicadas, conforme excerto, transcrito a seguir:

“9. Por fim, no tocante às penalidades aplicadas, verifico que a multa de R\$ 50.000,00 foi aplicada com base no art. 57 da Lei 8.443/1992, que indica poder ser a penalidade imposta pelo TCU majorada em até cem por cento do valor atualizado do dano. Por sua vez, o impedimento para exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública Federal se deu pela constatação da gravidade da conduta do recorrente, que causou dano ao erário, ao participar de conluio para captar beneficiários e inserir dados falsos (renda, tempo de serviço) no sistema informatizado do INSS, cobrando honorários para tal (peça 1, p. 46 e 54).”



13. De igual forma, nos itens 4 e 5 do voto condutor do acórdão recorrido, foi abordado que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, que permite a ocorrência de condenações simultâneas nas diferentes esferas jurídicas – cível, criminal e administrativa.

14. O Tribunal de Contas da União tem jurisdição e competência próprias, estabelecidas pela Constituição Federal e pela Lei 8.443/1992. Não representa óbice à sua atuação o fato de tramitar no âmbito do Poder Judiciário ação penal ou civil sobre o mesmo assunto, pois é competência exclusiva do TCU verificar a regularidade da aplicação de recursos federais.

15. Portanto, a existência de ação judicial contra responsável não obstaculiza o andamento de processo neste Tribunal. Não é necessário, pois, aguardar seu deslinde. Na hipótese de haver condenação no processo judicial, basta que sejam apresentados os documentos comprobatórios da quitação do débito na esfera administrativa e vice-versa.

16. Cumpre esclarecer ao recorrente que os embargos devem se limitar ao conteúdo da deliberação questionada, para corrigir manifesto equívoco nas partes componentes do julgado: relatório, voto e acórdão. As contradições, que podem ser entendidas como proposições entre si inconciliáveis, ou as obscuridades e omissões, que podem decorrer de simples defeito redacional ou da má formulação de conceitos, ensejam correção da deliberação para esclarecer seu conteúdo, o que em princípio, não leva a modificação do acórdão.

17. Em conclusão, ao apresentar estes embargos, o interessado buscou, em essência, insurgir-se contra o mérito do julgado e demonstrar seu inconformismo com as conclusões que culminaram com o julgamento pela irregularidade de suas contas, condenação em débito, aplicação de multa e inabilitação para exercer cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, opção inviável na modalidade recursal eleita.

Assim, por inexistirem a contradição e a omissão alegadas no acórdão 1.967/2018 - Plenário, rejeito os embargos e voto pela adoção da minuta de acórdão que trago à deliberação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2306/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 008.528/2016-0
2. Grupo II – Classe I – Embargos de Declaração.
3. Recorrente: Carlos César Pereira (CPF 309.546.309-04).
4. Unidade: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.
5. Relatora: ministra Ana Arraes.
- 5.1. Relatora da deliberação recorrida: ministra Ana Arraes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: não atuou.
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes embargos de declaração, opostos por Carlos César Pereira contra o acórdão 1.967/2018 - Plenário.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, com fulcro nos arts. 32 e 34 da Lei 8.443/1992, em:

- 9.1. conhecer destes embargos de declaração e rejeitá-los;
- 9.2. dar ciência desta deliberação ao embargante.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2306-38/18-P.



13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes (Relatora) e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO – CLASSE I – Plenário

TC 015.601/2009-0

Natureza: Embargos de Declaração.

Unidade: Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Distrito Federal (atual Secretaria de Agricultura, Abastecimento e Desenvolvimento Rural do Distrito Federal).

Recorrente: Construtora Artec S/A (CNPJ 00.086.165/0001-28).

Representação legal: Henrique Neves da Silva (OAB/DF 7.505) e outros representando a Construtora Artec S/A; Marcus Vinícius Labre Lemos de Freitas (OAB/GO 14.282) e outros representando a ACJ - Construções e Incorporações S/A; Normando Augusto Cavalcanti Júnior (OAB/DF 13.454) e outros representando a Fahma Planejamento e Engenharia Ltda.; Tiago Camargo Thomé Maya Monteiro (OAB/DF 20.660) representando a Construtora Gautama Ltda.

RELATÓRIO

A Construtora Artec S/A opôs embargos de declaração contra o acórdão 2.851/2016-Plenário (peça 175), nos seguintes termos:

“CONSTRUTORA ARTEC LTDA. [S/A], empresa já qualificada nos autos, por seus advogados, vem respeitosamente, na forma do art. 34 da Lei 8.443/92 e do art. 287 do Regimento Interno do TCU, opor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com efeitos suspensivos, aos Itens 9.1 e 9.2 do v. acórdão 2851/2016-Plenário, por meio do qual essa Eg. Corte de Contas conheceu do pedido de reexame apresentado pela embargante (peça 82), mas negou-lhe provimento, pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

Os presentes embargos de declaração são tempestivos, pois são opostos no dia em que a empresa recebeu a notificação que lhe trouxe ciência da rejeição dos fundamentos de sua defesa apresentada por meio do pedido de reexame interposto.

A embargante requer que os presentes embargos de declaração sejam recebidos no efeito suspensivo, conforme determina o § 2º do art. 34 da Lei 8.443/92¹ e que a sua oposição seja devidamente comunicada aos órgãos competentes, a fim de suspender os efeitos do acórdão embargado².

A embargante requer, desde já, que esse Tribunal, suprindo os vícios que autorizam a oposição dos presentes embargos de declaração e, consequentemente examinando a matéria neles versada, empreste efeitos modificativos à sua decisão, para afastar a sanção de inidoneidade, ainda que exclusivamente em relação à ora embargante.

Consideração Inicial – A intenção que move a propositura dos presentes embargos de declaração.

¹ Lei 8442/92, art. 34, § 2º: Os embargos de declaração suspendem os prazos para cumprimento da decisão embargada e para interposição dos recursos previstos nos incisos I e III do art. 32 desta Lei.

² Confira-se, a propósito, que o próprio acórdão embargado, ao encampar o pronunciamento da unidade técnica consignou que havia razão à manifestação anteriormente apresentada pela embargante, no que dizia respeito à impossibilidade da execução definitiva da sanção de inidoneidade que lhe foi imposta, antes do seu trânsito em julgado, o que aliás já teria sido determinado de forma genérica em outros procedimentos regulamentados por essa Corte de Contas.

^{De} igual modo, restou claramente definido por esta Corte no Acórdão 348/2016, da lavra do eminente Ministro Walton Alencar, que ‘a contagem do prazo de cumprimento das sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU inicia-se com o trânsito em julgado da condenação’ (item 9.2.2).



Antes de expor os motivos que impõem a apresentação dos presentes embargos de declaração, a embargante pede vênia para destacar que sua pretensão não se confunde com a mera tentativa de obter novo julgamento, desafiar ou criticar a decisão desse Tribunal de Contas que lhe foi desfavorável.

Isso porque, a embargante tem plena ciência que *‘os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe de aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com o espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciareem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal’* (STF - Emb. Decl. no Ag. Rg. no Agravo de Instrumento 163.047-5-PR, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU 08.03.96).

Por outro lado, ainda que a referência seja às decisões judiciais, cabe lembrar que *‘a entrega da prestação jurisdicional buscada em juízo tem natureza de direito subjetivo pertencente às pessoas físicas e jurídicas pelo que deve ser entregue de modo preciso, claro, seguro e por completo. Deve ela ser feita após o órgão julgador apreciar e decidir as questões suscitadas pelas partes e que, pela essencialidade possuída, são capazes de influenciarem a conduta do julgado’*. (STJ, 2ª Turma, RESP 653021, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13.12.2004).

No mesmo norte, as decisões administrativas, além de serem necessariamente fundamentadas, devem igualmente enfrentar os argumentos apresentados pela defesa que possam influenciar no resultado do julgamento, de modo a garantir que a o administrado tenha, de um lado perfeita ciência dos motivos pelos quais lhe foi imposta condenação e, por outro, de forma não menos importante, lhe seja facultado saber as razões pelas quais os seus argumentos de defesa não foram considerados como suficientes.

Neste ponto, por se tratar de condenação pela prática de suposta fraude em processo de licitação, não só assiste à embargante o direito subjetivo de ver suas alegações de defesa completamente analisadas, mas principalmente, de entender as razões pelas quais a acusação que lhe foi imposta foi considerada como válida, a par do reconhecimento expresso das pessoas envolvidas no sentido de que a ora embargante não participou ou teve ciência de qualquer irregularidade cometida na licitação em tela.

De igual forma, é fundamental que os aspectos tratados nos presentes embargos de declaração sejam esclarecidos, pois, se, de um lado, é assente que a caracterização de fraude não pode ser simplesmente presumida, de outro, é inconteste que, ao se entender pela sua devida comprovação, é essencial que a participação de cada agente nos respectivos fatos seja examinada de forma individualizada e de acordo com a sua real participação no ocorrido, pois, nos termos do art. 5º, XLV da Constituição da República *‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido’*.

Assim, inicialmente a embargante pede que os presentes embargos não sejam compreendidos como simples ou imotivada censura ao acórdão embargado. O que se pretende é que – diante da gravidade da sanção imposta – o julgamento seja integrado para que os temas relevantes tratados pelo embargante ao longo de todo o processo sejam avaliados e decididos, a partir da situação específica e particular da ora embargante no processo.

Outras considerações, ainda iniciais.

Em segundo lugar, mas de forma igualmente importante, a embargante pede vênia para destacar que tem o maior respeito e grande admiração pelas decisões deste Tribunal de Contas da União e, principalmente, pela figura dos seus distintos membros que não fogem à missão constitucional de controlar e supervisionar os atos da Administração Pública.

O Tribunal de Contas da União, no pleno exercício da sua atividade fiscalizadora, tem demonstrado que não age com outro propósito, senão o de assegurar o perfeito respeito à gestão da coisa pública e o controle dos gastos com completa observância aos critérios legais e constitucionais que regem a matéria.

De igual modo, e sem falsa modéstia, a ora embargante também tem conduzido sua vida empresarial em respeito aos propósitos maiores, como meio de buscar que o país alcance um desejável grau de estabilidade, com pleno respeito à transparência e ética nas relações comerciais e públicas.

Por essa razão e por entender que a sua participação na licitação examinada nestes autos foi julgada a partir de atos praticados por outras empresas é que a embargante pede licença para trazer rápidas considerações sobre a sua história e os compromissos que assumiu durante a sua existência.

A Construtora Artec Ltda., ao contrário das demais interessadas, não é uma empresa cujos atos têm sido reiteradamente examinados por esse Eg. Tribunal de Contas da União, a partir de denúncias ou no exercício da fiscalização.



A embargante foi criada em 1969, com objetivo voltado ao segmento de infraestrutura do Distrito Federal. A partir de 1977, com a expertise absorvida, a Construtora passou atuar em outras Unidades da Federação e, desde 1973, realiza as suas próprias obras. Em 2003, a empresa foi certificada pelos sistemas de qualidade PBQP-h, nível 'A', e pela NBR ISO 9001:2000 e, atualmente, atua, em conjunto com outras empresas, no Distrito Federal, Goiás, Tocantins, Mato Grosso do Sul, Pará, Maranhão, Paraíba, Minas Gerais, São Paulo, Paraná e Santa Catarina.

Em sua história, a embargante sempre teve a missão de crescer com excelência, entregando obras e serviços de engenharia e garantindo resultados sustentáveis e permanentes, a partir da integral obediência aos valores voltados aos critérios técnicos, ao dinamismo e à versatilidade para integração de serviços e pessoas, utilizando-se da competência e do talento criativo para o constante desenvolvimento de suas atividades, com o primordial objetivo de buscar resultados que atendam e superem as expectativas dos seus clientes e funcionários.

Sempre e acima de tudo, a embargante pautou a sua atividade com estrita observância à Constituição da República e às Leis, o que lhe permitiu alcançar razoável êxito e empregar atualmente mais de 1.200 funcionários em seu escritório e em suas obras.

Ao longo dos seus quarenta e sete anos de existência, a empresa jamais havia sido punida por este Tribunal de Contas da União, apesar de ter participado de diversas licitações e obras públicas, cujas realizações sempre foram consideradas regulares e adequadas.

Aliás, além da embargante nunca ter sido punida por este Tribunal, jamais sequer lhe foi exigido qualquer esclarecimento em razão de procedimentos ou contratos a que se submeteu.

Em suma, ao contrário das demais envolvidas, ao longo de toda a história da empresa, este é o único processo em que a sua atuação veio a ser questionada, sem que ela esteja direta ou indiretamente envolvida nos atos, ações e omissões que levaram à instauração desse procedimento.

Reitere-se, neste ponto, o que já foi dito antes, nesses autos. Em todos os procedimentos investigatórios que envolveram a chamada 'operação navalha' e/ou a participação da Construtora Gautama e seus dirigentes, o nome da embargante simplesmente nunca surgiu. A embargante nunca foi sequer mencionada pelas autoridades policiais ou judiciárias. A embargante não foi ouvida nem como testemunha para esclarecer algum ato suspeito.

Assim, e falando com o máximo respeito, ainda que os elementos subjetivos relacionados com os alvos da referida investigação fossem fortes para ensejar a apuração da responsabilidade dos envolvidos, o mesmo não se pode dizer em relação à ora embargante, que foi atraída para uma discussão que não lhe diz respeito, pois nunca praticou ou deixou de praticar qualquer ato relacionado com aqueles que foram investigados.

A embargante enfrenta neste processo a difícil missão de produzir prova *diabólica*, pois lhe é exigido demonstrar a sua inocência e a inexistência de ato volitivo de fraudar licitação, sem que haja prova que demonstre a mínima aproximação entre a ora embargante e a empresa que restou vencedora do certame, o qual, agora, se aponta ter sido direcionado, mas não em favor da ora embargante.

Antecipando um dos temas que será desenvolvido adiante, cabe destacar que há nos autos – e há somente isso – coincidência de erros em alguns dados das planilhas que compuseram as propostas apresentadas, cujos valores, contudo, eram completamente diversos. Resta claro, contudo, que tais coincidências, a par de também existirem divergências, teriam como origem a matriz única elaborada pelas mesmas pessoas que a enviaram à embargante.

Ainda que se considere que as pessoas que elaboraram a matriz tivessem conhecimento parcial do conteúdo das propostas, não há como estender tal ciência a quem recebeu – e somente recebeu – uma das matrizes com parte dos valores incluídos pela empresa que se propôs a ser subcontratada, sem qualquer menção aos valores diversos e bem menores que foram enviados para a empresa que foi declarada vencedora da licitação e em relação à qual se apontou o direcionamento do certame.

Esse tema, como já dito, será mais bem explorado adiante, a partir da identificação dos elementos que deixaram de ser valorados, mas, desde logo, é aqui incluído para corroborar que não se mostra, com a devida vênia, possível considerar que a embargante esteve ou estaria envolvida em tais atos ao ponto de justificar a drástica sanção que lhe foi aplicada e que, tão logo venha a ser iniciada, comprometerá estrondosamente a sua existência.

Em outras palavras, ainda que se considere que as demais interessadas agiram em conluio para fraudar a licitação (inclusive em detrimento da proposta da ora embargante) e que, em consequência, a sanção imposta a tais empresas deve ser mantida, tal conclusão não pode atingir a embargante, cuja atuação é diversa e não pode ser equiparada.



A embargante não pode ser condenada por arrastamento, a partir de atos imputáveis apenas às demais empresas envolvidas.

O histórico ético-profissional de cada interessado deve ser sopesado, inclusive para que se verifique o elemento volitivo de sua participação nos fatos narrados.

O Ministério Público, em sua manifestação sobre o pedido de reexame apresentado pela ora embargante, fez uma série de indagações sobre o comportamento omissivo da embargante ao não adotar qualquer providência quando descobriu, no momento da abertura das propostas, que a mesma empresa que se propôs a ser a sua subcontratada, também participou da proposta da empresa vencedora da licitação.

Despindo-se de qualquer sentimento egocêntrico, a embargante somente pode responder a essas questões com a mais pura sinceridade: a empresa errou! Agiu em excesso de confiança e não se cercou das medidas cabíveis para se proteger contra ação que poderia prejudicar – e efetivamente prejudicou – sua proposta.

Em suma, a embargante se aventurou em disputar uma licitação com as grandes empresas do mercado de então, de forma ingênua e sem adotar as precauções necessárias.

Esse talvez tenha sido o único erro da ora embargante: ousar, em 2000, entrar em uma licitação para disputar a realização de uma grande (pelo menos para os padrões da embargante) obra contra as enormes empresas que dominavam o mercado de infraestrutura (e se envolveram em obras muito maiores), sem atentar ao tipo de engodo a que estava sujeita.

A embargante apreendeu a lição. Errando é que se aprende. Atualmente, nas licitações e projetos em que participa, a partir da experiência vivida, a empresa adota as medidas necessárias para que, além da atuação exclusiva de seus parceiros, seja observada total confidencialidade sobre os dados e elementos que servem à elaboração de suas propostas.

E, acima disso a embargante nunca mais, jamais, em nenhum momento, teve qualquer outra espécie de relacionamento com a Fahma, empresa que se propôs ser subcontratada, sem declinar que agia igualmente em relação à Gautama.

Da mesma forma, jamais participou em parceria, consórcio, subcontratação ou outra forma de relacionamento, direto ou indireto, com as atividades e ações desenvolvidas pela empresa Gautama e seus sócios.

A experiência única vivida foi suficiente. A embargante reconhece que errou ao confiar em demasia. A partir dos eventos vivenciados, a empresa não passou a ‘confiar menos’. Simplesmente deixou de confiar e desde então não cogitou ou tentou qualquer espécie de associação com as pessoas envolvidas, mesmo antes da descoberta dos fatos extraídos da operação policial que, por certo, recomendam necessária distância dos envolvidos.

Por outro lado, qualquer procedimento que a autora adotasse em 2000 contra as pessoas envolvidas cairia por terra diante da constatação de que o contrato assinado com a subcontratada – a partir da minuta que foi apresentada à autora – não contemplava cláusula de exclusividade ou de confidencialidade, como ostentado pela subcontratada em suas manifestações nestes autos.

Ademais, a adoção de qualquer procedimento contra a empresa subcontratada ou contra a que logrou ser declarada vencedora não traria proveito à ora embargante, pois sua proposta terminou em quarto lugar, atrás das apresentadas pelas outras duas empresas que participaram da licitação.

Ou seja, ainda que ela conseguisse anular a classificação da primeira colocada, tal anulação não lhe traria qualquer vantagem. A contratação seria realizada com a segunda colocada nessa hipótese.

Nesse ponto, aliás, cabe indagar – como será explorado com maior profundidade adiante – qual a vantagem que a ora embargante teria obtido a partir de todo o procedimento que lhe foi imputado?

Ela não conhecia as empresas envolvidas, não se associou com outra licitante, confiou erroneamente em uma empresa que se propôs ser sua contratada, perdeu a licitação, não foi contratada ou subcontratada, não recebeu qualquer renumeração ou benesse.

Enfim, a embargante não ganhou absolutamente nada!

Ao contrário, experimentou e absorveu todos os prejuízos decorrentes das despesas e gastos realizados para a aquisição do edital e elaboração de sua proposta, sem nunca ter requerido ou recebido qualquer compensação ou reembolso.

Os eventos tratados neste processo não trouxeram nenhum benefício à embargante, somente perdas. Falando com o máximo respeito, a empresa não pode ser punida por uma fraude que, se existente, somente teria lhe causado prejuízo.

Como presumir, a partir de indícios, que a licitante teria agido em fraude em detrimento do seu patrimônio e de seus direitos? A imposição da sanção determinada por esse Tribunal, neste caso, somente serviria para aumentar o prejuízo sofrido pela embargante e comprometer a sua própria existência.

Por fim, neste ponto, cabe esclarecer que a declaração de inidoneidade da ora embargante não atinge simplesmente a construtora – que sempre pautou sua vida pelo respeito à moralidade e a ética nas suas relações – mas põe em risco o sustento de todos os seus empregados e de suas famílias em um momento especialmente difícil para o país e para as obras de construção civil, especialmente, as de infraestrutura.

A embargante tem lutado arduamente ao longo de sua existência para fomentar a indústria da construção brasileira a partir de uma atuação criteriosa forrada nos princípios éticos e legais que a afastou de todas as mazelas e investigações que recaíram sobre o setor nos últimos anos.

Nesse momento de incerteza sobre o futuro das grandes construtoras, quase todas envolvidas em alguma operação policial, a ora embargante tem buscado redobrar as suas atenções para que não haja dúvidas sobre a moralidade e a legalidade de suas atividades e, com isso, põe todo o seu corpo técnico e pessoal à disposição para contribuir contra a paralização das obras de infraestrutura brasileiras.

A embargante sabe que o fato de seu histórico ser limpo e o seu compromisso com a legalidade e moralidade, ora reafirmados, não são motivos suficientes para garantir-lhe isenção por irregularidade que eventualmente cometa.

A embargante é responsável por seus atos, mas apenas por seus atos.

Escusando-se pelo alongado destas considerações iniciais, a embargante não pode deixar de ao menos tentar destacar que suas atividades e principalmente a forma de seu procedimento não se confundem com ações ou atos que tenham sido praticados por outras pessoas físicas ou jurídicas, os quais devem ser apreciados na total extensão da legislação.

Sem abrir mão de seus direitos, a intenção da embargante é de sempre respeitar e confiar nas decisões desse colendo Tribunal de Contas da União, seja em razão da alta qualidade e isenção de seu corpo técnico, seja em razão da inegável envergadura de seus Ministros.

O que se pede com a oposição dos presentes embargos de declaração não é simples clemência, mas que a situação específica da ora embargante seja analisada de forma individualizada para que se chegue à conclusão que ela não agiu com qualquer intenção de fraudar a licitação pública da qual participou há dezesseis anos e que, desde então, somente lhe tem causado prejuízos.

Com essas razões iniciais, a embargante passa a demonstrar a necessidade de integração do acórdão embargado, com a consequência reversão da sanção que lhe foi imposta, sem prejuízo dela ser mantida em relação aos demais interessados, cuja defesa não cabe à ora embargante e se for essa a conclusão dos membros desta Corte.

Omissão e contradição – Análise do parecer do Secretário da Serur (peça 151).

No relatório do acórdão embargado a equilibrada manifestação do Secretário da Serur foi quase que integralmente transcrita a partir do item 6.

Entretanto, apesar da matéria de suma importância para o deslinde da causa ter sido expressamente apontada e registrada no relatório do acórdão embargado, o v. acórdão não enfrentou o tema proposto pelo órgão técnico, louvando-se, especialmente, nas manifestações anteriormente apresentadas, as quais não podem ser consideradas como subsistentes.

A primeira peça de instrução relativa ao recurso de reexame foi assinada pelo auditor federal em 26.4.2016 (peça 149) e aprovada pelo diretor em 2.5.2016 (peça 150). O Secretário da Seção de Recursos, por sua vez, apesar das manifestações anteriores não concordou com a conclusão apresentada no que tange à situação processual da ora embargante, consoante manifestação de 3.6.2016.

Neste ponto, duas questões devem ser solucionadas por este Tribunal.

A primeira diz respeito à possibilidade das primeiras manifestações técnicas prevalecerem sobre a última.

Por mero critério cronológico já seria possível afirmar que em hipóteses como destes autos, a última manifestação deve prevalecer sobre as primeiras. Além disso, os próprios fundamentos das peças de instrução demonstram a necessidade de se reconhecer prevalência à última manifestação do órgão técnico, pois enquanto esta cuidou de rebater e demonstrar a inaplicabilidade dos fundamentos das primeiras, o inverso não se verificou.

Em outras palavras, o conteúdo das primeiras manifestações técnicas foi contraditado e ajustado pela manifestação do Secretário da Seção de Recursos.

Além desse ponto, a outra questão que também demanda solução diz respeito à própria hierarquia das manifestações técnicas produzidas, pois é certo que, ressalvada a hipótese de delegação (que não houve no presente caso), o posicionamento final da Secretária de Recursos é de seu titular, o secretário da SERUR, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 50 da Resolução-TCU 240/2010 (*'A Secretaria de Recursos é dirigida por secretário e conta com as funções de confiança constantes do Anexo VI desta Resolução'*).

Em outras palavras, ainda que sejam relevantes e bem intencionados os argumentos adotados pelos auditores, assessores ou pelo Diretor em suas manifestações, quando há divergência entre elas e a posição adotada pelo titular do órgão – como ocorreu no presente caso – somente o pronunciamento proferido pelo Secretário da Secretaria de Recursos pode ser considerado como a análise técnica final da unidade e, a partir de tal entendimento, não é possível reconhecer efeito ou força às manifestações anteriores, as quais ou ficam incorporadas ao pronunciamento final ou são por ele substituídas.

Assim, por qualquer das duas razões expostas acima, é certo que nos presentes autos a manifestação final da SERUR foi pelo acolhimento e provimento do pedido de reexame da ora embargante, como pode ser facilmente constatado na parte final da peça 151.

Neste aspecto e falando com o máximo respeito, o acórdão embargado se mostra omissos e contraditório.

A omissão decorre da ausência de enfrentamento e análise dos sólidos fundamentos apresentados pela SERUR na sua manifestação final, os quais demonstram a clara necessidade da situação específica da ora embargante ser destacada daquelas considerações que, segundo a SERUR, devem ser mantidas em relação às demais empresas.

No caso, não foram enfrentados e a omissão justifica a oposição dos presentes embargos de declaração, ao menos, os seguintes fatos e fundamentos apontados pela SERUR em sua manifestação final (peça 151):

'[...] 2. Há farta documentação nos autos, com provas diretas, de que a Gautama montou uma estratégia de subcontratação (vide item III do parecer do MPTCU, constante do Relatório do Acórdão 2.426/2012 – Plenário), fugindo das regras legais do consórcio, para se sagrar vencedora nas licitações. 3. De outra, as confissões da Gautama e da Fahma, no sentido de que esta última, por estratégia empresarial, cotou preços menores para a Gautama em relação à Artec, como decorrência de uma relação passada consolidada, foram fatais para suas defesas. Ora, a Fahma só fez isso porque, tendo a proposta da Artec em mãos, laborou no sentido de fazê-la sair derrotada no certame. [...]'

Resta certo, pela análise isenta e técnica realizada pela SERUR, que de acordo com as provas dos autos, quem montou uma estratégia de subcontratação para fraudar a licitação foi a GAUTAMA e não a ARTEC.

Confira-se, a propósito, que a embargante nunca foi ou sequer prometeu ser subcontratada da Gautama. Se todo o imbróglcio analisado nestes autos decorre de uma informação de que haveria um esquema de subcontratação que não estaria dando certo na obra de Brasília, por certo não há como se enquadrar a embargante nesse 'esquema', pois ela nunca foi subcontratada ou parceira da Gautama. Reitere-se que apesar da vasta investigação realizada pelos órgãos policiais e judiciários, nunca, em nenhum momento, foi identificada qualquer relação entre a embargante e a Gautama.

Por outro lado, a confissão da Fahma sobre a sua atuação e a ausência de ciência da embargante sobre a sua dupla participação no certame é inequívoca. Na sua defesa, a Fahma reconheceu o fato de ter firmado o instrumento de promessa de subcontratação com duas empresas e expressamente disse que *'a ARTEC não tinha conhecimento do acordo da FAHMA com a GAUTAMA!'* (peça 6, fl. 276)³.

³ Frase extraída do seguinte trecho da defesa apresentada pela Fahma, que consta da peça 6, fl. 276 (numeração das fls. do processo físico):

Assim, é óbvio e evidente que a FAHMA, ao ser contatada por uma das empresas, não revelou ter sido contatada anteriormente por outra empresa interessada em participar no certame. Afinal, obviamente que a segunda empresa a contatar a FAHMA desistiria de contratá-la se soubesse que ela já estava em contato com outra empresa. Afinal, haveria o medo de que a FAHMA pudesse tomar qualquer decisão que a desfavorecesse ou então que revelasse a terceiros qualquer informação obtida durante a negociação das condições de subcontratação.

Do ponto de vista de uma das licitantes, seria risco demais subcontratar ou abrir quaisquer informações a uma empresa já contatada ou contratada por suas concorrentes.

Portanto, independentemente de quantas empresas a procurassem, a FAHMA - por uma lógica comercial de básica de aumentar suas chances de contratação - jamais comunicaria SE e POR QUANTAS E QUAIS empresas já haveriam sido contratadas. Assim, a GAUTAMA não sabia que a FAHMA tinha acordo com a ARTEC, enquanto a ARTEC não tinha conhecimento do acordo da FAHMA com a GAUTAMA!

Esses fatos, significativos para o deslinde da causa, não foram abordados pelo acórdão embargado, e, portanto, a omissão deve ser suprida para que o Tribunal se manifeste especificadamente sobre a existência de prova inequívoca nos autos no sentido de que quem montou e se beneficiou da ‘estratégia da subcontratação’ foi a Gautama; que a Artec não participou da licitação como subcontratada da Gautama, nem estabeleceu, antes ou depois da licitação ou do contrato, qualquer vínculo com a referida empresa e; por fim, que a Fahma reconheceu expressamente nos autos que omitiu deliberadamente da Artec a informação de que teria firmado contrato para também ser subcontratada da Gautama.

‘O fato de o edital ter autorizado uma espécie distorcida de subcontratação de uma mesma empresa por diversas outras, para fins de qualificação técnica, não retira o dever, imposto a todos os que participam da licitação, de manter o sigilo da proposta. Ao contrário, a Fahma, utilizou de informações privilegiadas para manipular preços de acordo com suas conveniências empresariais, fazendo da regra dos envelopes fechados uma quimera. Sua conduta encaixa-se em cheio, assim como a da Gautama, nos arts. 90 e 94 da Lei 8.666/1993, não interessando o motivo da obtenção da vantagem ou mesmo se ela existiu, a qual, repita-se, foi confessada’

Esse fato também deve ser enfrentado pelo Tribunal, pois resta claro e demonstrado nos autos que a Fahma agiu de forma deliberada para privilegiar a proposta firmada pela Gautama, apresentando valores menores do que os fornecidos para a Artec.

No que tange à possibilidade da subcontratação de uma mesma empresa por duas licitantes, como exposto pela SERUR, bem ou mal, a prática foi admitida pela Comissão de Licitação, como, aliás, pode ser facilmente verificado pela resposta dada aos questionamentos sobre o edital de licitação. À fl. 111 do anexo (peça 10), consta o comunicado 005 do órgão licitante, no qual *‘atendendo às dúvidas e esclarecimentos, suscitados pelas Licitantes que retiraram o Edital’*, a primeira pergunta, específica sobre o tema, foi respondida da seguinte forma:

PERGUNTA: Considerando que a empresa licitante poderá utilizar de subcontratação de empresa especializada para comprovação das exigências de que se trata a alínea ‘b’ do subitem 6.1.5 em referência aos subitens 2.1.1 e 2.1.3 do edital, entendemos que essa determinada empresa poderá ser indicada como subcontratada por uma ou mais empresas participantes deste mesmo processo licitatório.

RESPOSTA: Entendimento correto.

O Ministério Público, como já dito acima, apresentou questionamentos para afirmar que a embargante, a partir da ciência da possibilidade de subcontratação de uma mesma empresa por mais de uma licitante, deveria ter adotado providências para incluir cláusula de confidencialidade ou exclusividade no instrumento que firmou com a Fahma.

É certo, como já reconhecido, que a confiança depositada em excesso ofuscou a percepção da embargante que efetivamente não exigiu exclusividade ou confidencialidade quando firmou o instrumento pactuado pela Fahma, a partir de modelo que lhe foi apresentado pela referida empresa.

Essa confiança, contudo, não decorreu de mera ingenuidade, mas da crença de que os contratos não necessitam conter disposições que estão expressamente previstas em lei e cuja obrigatoriedade independem de cláusula expressa pelas partes. É óbvio e qualquer licitante sabe que o segredo da proposta constitui elemento essencial e primário da licitação e, também, que a violação de tal segredo constitui crime tipificado pela Lei 8.666/93.

Exigir da Fahma, cláusula de confidencialidade seria o mesmo que exigir que ela cumprisse a lei e não cometesse crime, o que, com a devida vênia, independe de qualquer disposição contratual.

Já no que tange à cláusula de exclusividade, que o Ministério Público diz que poderia ter sido exigida, melhor sorte não milita em favor da ilação desenvolvida pelo *parquet*.

Primeiro porque, a Fahma deixou claro em sua defesa que não admitiria tal tipo de cláusula. Ao contrário, sem constrangimento, afirmou que para ela quanto maior o número de empresas interessadas em subcontratá-la, melhor seria, pois suas chances de vencer indiretamente a licitação aumentariam. Além disso, há um segundo aspecto mais importante para o deslinde da causa e que afasta por completo a conclusão do Ministério Público: o comunicado 005 do órgão licitante somente foi expedido em 19 de dezembro de 2000 (peça 10, fl. 111), enquanto que o contrato entre a Artec e a Fahma já estava celebrado desde o dia 1º daquele mês, como se vê à fl. 161, da peça 11.

Ora, como poderiam as três praticar conluio se a ARTEC e a GAUTAMA não tinham conhecimento da subcontratação da mesma empresa, a FAHMA?

Vale dizer, quando a Comissão de Licitação confirmou a possibilidade de subcontratação da mesma empresa por dois ou mais licitantes, a resposta somente foi divulgada na semana anterior à data designada para a entrega das propostas, em pleno período de natal. Com a devida vênia, seria impossível, nessas condições, tentar repactuar o que já havia sido contratado neste curto espaço de tempo, quando já se havia trocado informações para embasar os elementos que comporiam a proposta⁴.

Certo, porém, é que independentemente da licitude ou não da cláusula que admitia a múltipla subcontratação, a embargante simplesmente não sabia da intenção da Fahma de fomentar a proposta da Gautama em condições diversas e prejudiciais à embargante. Aliás, como é incontroverso e expressamente reconhecido nos autos, a embargante sequer sabia que a Fahma mantinha relacionamento com a Gautama.

Acima de tais conclusões, o que efetivamente deve ser considerado no presente caso é que quem forneceu valores dispare para realizar o mesmo tipo de serviço foi a Fahma que, sem qualquer constrangimento, afirma que esse procedimento melhor atenderia seus interesses, pois mantinha uma relação reiterada de negócios com a Gautama.

Ora, falando com o máximo respeito, as afirmações contidas nos autos simplesmente demonstram que – se houve fraude à licitação e é possível que tenha havido – a vítima da fraude não foi apenas o órgão licitante e o Erário, mas principalmente à ora embargante, que foi considerada expressamente pela Fahma como uma parceira de menor importância.

Em suma, diante da possibilidade de atender dois senhores, a Fahma escolheu aquele que poderia lhe trazer maiores benefícios, o que equivale a dizer que a embargante não prometeu nem se comprometeu com qualquer benefício que não adviesse estritamente do trabalho realizado.

Assim, diante da omissão no exame desses pontos, mostra-se essencial para que o deslinde da causa, que este Tribunal enfrente diretamente os fatos relativos às constatações de que a embargante não tinha ciência da contratação da Fahma pela Gautama; de que quando o comunicado 005, que esclareceu a possibilidade de múltipla subcontratação foi expedido, o contrato entre a embargante e a Fahma já havia sido firmado; e, que quem efetivamente praticou preços diversos para o mesmo serviço foi a Fahma, para privilegiar a proposta da Gautama, em detrimento da proposta da embargante.

Apenas nos casos excepcionais é possível mitigar o direito à livre iniciativa, alinhado ao princípio da presunção de não culpabilidade. 'Dito de outra forma, não pode este nosso Tribunal, sem motivos muito sólidos, declarar a inidoneidade de uma empresa para licitar com a administração pública federal, tolhendo-lhe o acesso ao maior consumidor nacional' [...] 'E como dito pelo STF no RE 86.297, onde há o in dubio pro reo há a presunção de não culpabilidade' [...]

Com efeito, como perfeita sintonia aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, a análise técnica final da SERUR demonstrou acima de qualquer dúvida, que no presente feito, as situações e a participação de cada empresa nos fatos narrados devem ser examinadas de forma individualizada, a fim de se verificar exatamente qual a extensão dos atos por ela praticados.

Neste aspecto, conquanto o acórdão embargado tenha examinado de forma separada as alegações de cada recorrente, é certo que o exame dos fatos não distinguiu a participação de cada um dos envolvidos, isolando seus comportamentos e os atos que foram por eles praticados para conferir, a partir daí a culpa ou dolo de cada envolvido.

⁴ Neste ponto, as conclusões contidas na manifestação da SERUR são, com a devida vênia, irrespondíveis e não foram, com a devida vênia, enfrentadas no acórdão embargado. Confira-se o que consta do item 8.1.6 da manifestação do Secretário:

'8.1.6. A questão fulcral não está em não haver como negar que a Artec poderia desconfiar, a partir da resposta da Secretaria de Agricultura do DF, de que a Fahma poderia estar subempreitando com terceiros. A questão essencial é se a Artec, diante do prazo exíguo, poderia reagir diante da resposta da Secretaria de Agricultura, no sentido de ser possível subcontratar com a mesma empresa. Mais uma vez, com Gadamer, o problema está na razoabilidade da pergunta. Não uma pergunta de quem está distante dos fatos, sentado em um escritório, com todos os elementos diante dos olhos, mas uma pergunta de quem se coloca no lugar do outro, dentro do fato, partícipe e não observador (agora com Habermas), premido por prazos e pelas restrições do contexto. Aliás, as diferenças de preços postas no item 49 do Relatório da decisão mencionada não representam o verdadeiro potencial ofensivo entregue nas mãos da Fahma.'

Nesse ponto, tem-se que a embargante não foi condenada a partir de provas que demonstrem, acima de qualquer dúvida razoável, a sua efetiva e dolosa participação nos eventos narrados. A sua condenação, como já dito e reiterando todas as vênias possíveis, se deu por arrastamento.

Em forma simples de dizer: por existirem provas de que a Gautama teria engendrado uma estratégia para vencer a licitação e também por que a Fahma confessou que beneficiou a proposta da Gautama em detrimento da proposta da ora embargante, foi presumido que a Artec também teria participado do conluio.

Esse tema, contudo, não foi enfrentado no v. acórdão embargado, apesar de ele ser, por si, suficiente para que se chegue à conclusão de julgamento diverso. Necessário, pois, que a Corte enfrente a questão e examine os fatos que envolvem a ora embargante, apenas e tão somente, pelos atos que ela efetivamente praticou, sem considerá-la culpada por ações praticadas por terceiros que, em verdade, transformaram-na em vítima, efetivamente prejudicada.

‘No que concerne ao item ‘equipamentos hidromecânicos de recalque’, o auditor desta Secretaria aplicou a conclusão posta no TC 036.031/2012-7, no sentido de que as coincidências, devem-se pelo fato de a Secretaria de Agricultura do DF ter determinado, em 21/12/2000 (peça 146, p. 12, daqueles autos), a inclusão dos itens, quantidades e preços. Entretanto, pelo fato de a Gautama e Artec terem cotado no item 5.3 os referidos equipamentos, o indício permaneceria, ainda que mais tênue’. [...]) ‘a inclusão do item ‘Equipamentos Hidromecânicos’ de forma absolutamente coincidente nas propostas apresentadas por todas as quatro licitantes decorreu do atendimento às orientações consignadas em dois comunicados expedidos pela SAA-DF e não constitui indício substancial de conluio entre elas’;

Não há dúvidas que no presente caso, a igualdade dos preços relativos ao item 5.3. do edital foi inicialmente considerada como indício de conluio entre os licitantes. Aliás, não apenas as propostas da Gautama e da embargante apresentaram valores idênticos para este item, tal como também apresentados pelas outras duas licitantes.

A questão foi esclarecida nos autos com a prova de que a adoção de tais valores foi expressamente determinada pela Comissão de Licitação, consoante o Comunicado nº 006 (p. 12, peça 146), em que restou claramente dito que:

‘[...] Estamos encaminhando em anexo, a página que contém o item 5.3, equipamentos hidromecânicos de recalque para substituir a página enviada anteriormente no comunicado nº 004 - C.EL/SAA-DF. Esta página deverá ser inserida nos preços já constantes do orçamento fornecido no volume 09-orçamento, que constitui as planilhas de serviços objeto do Anexo VI do Edital adquirido por essa empresa.

Esclarecemos que o item 5.3 - equipamentos hidromecânicos de recalque constantes da planilha ora encaminhada, deverão ser considerados no orçamento de Vossas Senhorias, com os valores fornecidos pela SAA-DF, que arcará com qualquer eventual acréscimo que venha ocorrer na ocasião de aquisição dos mesmos.’

Este fato foi expressamente comunicado pela ora embargante (peça 146), foi devidamente analisado pela SERUR, mas não foi considerado pelo v. acórdão embargado, que, inversamente, transcreveu trechos do voto proferido pelo eminente Ministro-substituto André Luís de Carvalho que reproduziu (item 38 do voto transcrito) a tabela dos preços desse item.

No voto complementar, apresentado após o voto do eminente revisor, a não menos eminente relatora adicionou elementos pelos quais entendeu que a designação pela Comissão de Licitação dos preços que deveriam ser observados por todos os licitantes não socorreria a tese de defesa da ora embargante, em virtude de outros elementos relativos à atuação dos agentes públicos envolvidos no presente caso.

Confira-se, a respeito, a seguinte passagem, contida no voto complementar condutor do acórdão embargado (peça 155, pp.2-4):

‘19. A aceitação de tais procedimentos, se fossem adotados em um ambiente de concorrência saudável, já seria questionável e exigiria a persecução da fundamentação e da motivação de tal opção.

20. Os fatos tratados nestes autos foram praticados em um ambiente de conluio entre empresas participantes e agentes públicos responsáveis pela condução da concorrência 1/2000- CEL/SAA-DF.

21. O responsável pela assinatura do Comunicado 006 da Comissão de Licitação, trazido pelo ministro revisor à minha consideração, que cuidou de orientação aos licitantes para inclusão do item ‘Equipamentos Hidromecânicos’ de forma absolutamente coincidente com os valores fornecidos pela SAA/DF, foi Heberth Gualberto de Souza, presidente da comissão de licitação.

22. Acontece que esse responsável, juntamente com Paulo Severo Fraga Rios e Aguinaldo Lelis, membros da comissão de licitação, está arrolado no TC 036.031/2012-7 (representação), cujo acórdão



2.802/2015-Plenário determinou justamente a sua audiência para apresentarem justificativas acerca dos seguintes pontos:

'1.8.1.1. inclusão do item 'equipamentos hidromecânicos' de forma absolutamente coincidente nas propostas apresentadas por todas as quatro licitantes, em decorrência de determinação expressa oriunda de dois comunicados expedidos pela comissão de licitação do GDF (nos 004-CEL/SAA-DF e 006- CEL/SAA-DF);

1.8.1.2. inclusão de cláusula de subcontratação no correspondente edital de concorrência, admitindo, assim, que uma mesma empresa pudesse elaborar, simultaneamente, as propostas orçamentárias de duas ou mais licitantes, constituindo afronta aos princípios da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.'

23. Por relevante, transcrevo abaixo considerações do relator daquela deliberação, ministro-substituto André Luís de Carvalho, acerca das graves irregularidades praticadas pelos mencionados responsáveis e que fundamentaram a audiência:

'(...)

Considerando, a despeito das considerações expendidas pela unidade técnica e pelo MPTCU, que as justificativas apresentadas pelos responsáveis em sede de oitiva não se mostraram suficientes para elidir a irregularidade alusiva à inclusão do item 'equipamentos hidromecânicos' de forma absolutamente coincidente nas propostas apresentadas por todas as quatro licitantes, com as mesmas descrições, quantitativos, preços unitários e preço total;

Considerando que a inclusão do aludido item 'equipamentos hidromecânicos' de forma absolutamente coincidente nas propostas apresentadas por todas as quatro licitantes decorreu do atendimento às orientações consignadas em dois comunicados expedidos pela comissão de licitação do GDF (comunicados nos 004-CEL/SAA-DF e 006-CEL/SAA-DF);

Considerando que subsistem as evidências de irregularidade nos autos, sobretudo no que se refere ao ajuste prévio de preços, quantitativos ou quaisquer outras características das propostas orçamentárias, no âmbito de licitações públicas, envolvendo a participação e o consentimento das empresas interessadas e dos agentes públicos responsáveis pelo certame, configurando, então, conduta administrativa desprovida de fundamentação jurídica, com ofensa aos princípios básicos da licitação pública, sobretudo porque impediu que a administração pública buscasse a proposta mais vantajosa; (grifo não é do original)

Considerando, todavia, que os gestores do GDF, no presente caso concreto, foram ouvidos nestes autos somente em sede de oitiva, e não de audiência;

Considerando, enfim, que a possível aplicação de penalidades pecuniárias e administrativas aos gestores do GDF não pode prescindir da audiência prevista no art. 43, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa;

'(...)'

24. Além disso, o referido presidente da comissão de licitação, Heberth Gualberto de Souza, responde a outro processo nesta Corte - TC 020.477/2007-2 (TCE) -, também relativo à concorrência discutida nestes autos. Naquele feito, as contas foram julgadas irregulares, com condenação ao pagamento solidário do débito de R\$ 128.000,00, juntamente com outros responsáveis e a empresa Gautama, e aplicação de multa de R\$ 60.000,00, conforme acórdão 7.778/2015-2ª Câmara.

25. Referida decisão encontra-se em grau de recurso.

26. A razão para tal condenação foi a seguinte: 'Sr. Heberth Gualberto de Souza (CPF n. 099.277.781-04), à época engenheiro executor do contrato nº 001/2001-SAA/DF e responsável pela fiscalização do mesmo, por certificar que o serviço '05.01 - detalhamento de projeto - barragens' (medição 02/02-4) do Contrato nº 001/2001 - SAA/DF foi executado pela Construtora Gautama Ltda. de acordo com as condições contratuais e por declarar na nota fiscal 465/2002 da mesma empresa que o serviço foi prestado, embora a execução do serviço não tenha sido comprovada, descumprindo o art. 40, § 3º, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 62 e 63 do Decreto n. 4.320/1964' (trecho do relatório que fundamentou o acórdão 7.778/2015-2ª Câmara).

27. Vê-se, pois, que o responsável foi presidente da comissão de licitação da concorrência 01/2000-CEL/SAA-DF, engenheiro executor do contrato decorrente do certame e responsável por sua fiscalização.

28. Sem aprofundar no tema, esse fato, por si só, já merece reprimenda por afrontar o princípio da segregação de funções, ainda mais quando praticado juntamente com outros fatos irregulares e que foram objeto de exame nestes autos.

Pelas razões antes expendidas, julgo que os documentos novos apresentados não possuem força suficiente para alterar meu posicionamento acerca deste processo, razão pela qual voto pela adoção da minuta de acórdão que originalmente submeti à consideração deste colegiado.'

Em relação ao voto complementar, os presentes embargos de declaração são essenciais não apenas para que seja suprida a omissão relativa à análise da situação da ora embargante a partir dos atos que tenham sido por ela efetivamente praticados e de acordo com a manifestação da SERUR, mas também para que o Tribunal examine a possibilidade da causa ser decidida por meio de argumentos e provas que não estão contidos nos autos e servem à caracterização da decisão-surpresa tomada com base elementos e provas em relação aos quais não se facultou a manifestação da embargada, no caso, acusada.

Com efeito, neste ponto, o primeiro aspecto diz respeito à necessidade de suprir a omissão contida no acórdão embargado em relação à efetiva participação da embargante nos fatos narrados, como destacado na manifestação da SERUR.

Ao apresentar os novos elementos para exame desse Tribunal, a ora embargante partiu do pressuposto único de que, como qualquer licitante, estava obrigada a seguir estritamente as regras contidas no edital de licitação e as que viessem e vieram a ser determinadas pela Comissão de Licitação. Afinal, o princípio da vinculação da licitação e da igualdade entre os licitantes implicariam na desqualificação da proposta da ora embargante, se ela não atendesse as determinações emanadas do órgão licitante que expressamente ordenou que no item 5.3. da planilha de orçamento fossem adotados os valores específicos informados.

Nesse sentido, ainda que o entendimento sumulado se refira ao pregão eletrônico, a Súmula 177 desta Corte registra que *‘a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão’*.

Desta forma, estabelecido, dentro dos princípios da igualdade e da vinculação as regras da licitação, que todos os licitantes deveriam propor preço idêntico em relação a determinado item da proposta, não haveria outro comportamento que pudesse ser exigido da licitante, senão o de seguir fielmente as determinações exaradas.

Confira-se, também, que a determinação do órgão licitante foi divulgada no dia 21 de dezembro, cinco dias antes da entrega das propostas, intercalados pelos feriados de natal. Assim, ainda que se pretendesse questionar tal determinação, não haveria tempo ou modo hábil para tanto, como apontado pela SERUR.

Diante da incontroversa determinação para a apresentação de preços idênticos em relação ao item 5.3 da planilha, pede-se que o acórdão embargado seja integrado para suprir a omissão relacionada a esse ponto, a fim de ser aclarado se outro comportamento da embargante poderia ser esperado, senão o de acatar as determinações da Comissão de Licitação.

Além disso, contudo, foi apontado no voto complementar que o comportamento da comissão de licitação não seria lícito e justamente em razão dos procedimentos adotados foram impostas sanções aos membros da comissão de licitação e a empresa vencedora em outros feitos deste Tribunal.

Nesse ponto, a embargante pede que o acórdão embargado seja esclarecido por dois ângulos.

O primeiro diz respeito à omissão de não ter sido considerado no acórdão embargado que a simples existência dos procedimentos que foram instaurados exclusivamente contra a empresa Gautama e os membros da Comissão de Licitação é, por si, suficiente para revelar a completa ausência de participação da ora embargante nos atos tidos como ilícitos.

Com efeito, se houvesse – e não há – qualquer dúvida do envolvimento da ora embargante em estratégias ou ‘esquemas’ adotados pela Comissão de Licitação, por certo ela teria sido chamada com responsável nos procedimentos indicados no voto complementar. Mas, não foi isso o que aconteceu. Esse Tribunal exercendo a sua alta missão constitucional identificou precisamente quem eram os responsáveis pelos desvios cometidos e aplicou a eles, e somente a eles, as sanções cabíveis, sem envolver a ora embargante em nenhum momento. Não houve, conseqüentemente, imputação de qualquer responsabilidade a ora embargante nos referidos processos pelos atos praticados por terceiros, e nem poderia haver.

Em relação a esse tema, há, contudo, outra questão que prejudica a própria análise da matéria que não foi versada no presente feito e que, portanto, não pode se invocada para e manter a condenação imposta.

Com efeito, nos termos da Súmula 103 desta Corte⁵, o Código de Processo Civil tem aplicação analógica e subsidiária aos procedimentos que tramitam neste Tribunal e, nos termos do art. 10 do CPC/2015, *‘o juiz não*

⁵ SÚMULA Nº 103: Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de *Processo Civil*.

pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício’.

Na espécie, o argumento relacionado à existência de outros procedimentos no âmbito deste Tribunal relativos à apuração das responsabilidades decorrentes da determinação de observância de preços iguais em relação ao item 5.3. da planilha orçamentária não foi previamente apresentado ou discutido no presente feito.

Aliás, em momento algum a própria legalidade da determinação foi questionada nestes autos. O argumento surgiu apenas e tão-somente no voto complementar que compõem o acórdão embargado.

Apesar da ampla liberdade processual que deve ser reconhecida às partes e, igualmente, ao poder de convicção assegurado ao julgador, é secular o entendimento de que não se pode apreciar o que não está contido nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*). Em outras palavras, os fatos não registrados nos autos não compõem o universo do conhecimento a ser decidido, ainda que o julgador tenha ciência sobre sua existência, por outros meios.

Sobre o tema, é valiosa a síntese contida em voto do eminente Ministro Humberto Martins: *‘no sistema processual brasileiro, o art. 131 do Código de Processo Civil, ao permitir ao juiz apreciar livremente a prova, não lhe dá a prerrogativa de trazer aos autos impressões pessoais e conhecimentos extraprocessuais, que não possam ser objeto do contraditório e da ampla defesa pelas partes litigantes.’* (STJ, REsp 1.205.380/RS, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJE de 8.8.2012).

Já no que tange ao fundamento jurídico da decisão, a questão deve ser examinada com maior profundidade, pois também é milenar o entendimento de que o conhecimento e a aplicação da lei é obrigação do juiz (*jura novit curia; da mihi factum dabo tibi ius*).

É certo que as questões de direito, especialmente as de ordem pública, devem ser conhecidas e decididas, de ofício, pela autoridade, mas, nesses casos, como ressalta Fredie Didier Jr. *‘entra uma distinção que é muito útil, mas pouco lembrada. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação, não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido’*⁶.

O reconhecido doutrinador exemplifica⁷:

‘Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em um argumento, uma questão jurídica ou uma questão de fato não postos pelas partes no processo. Perceba: o órgão jurisdicional, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplicava ao caso. O juiz entende de outra maneira, ainda não aventada pelas partes ‘Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional, Portanto, julgo improcedente a demanda’. O órgão jurisdicional pode fazer isso, mas deve antes submeter essa nova abordagem à discussão das partes.

O órgão jurisdicional teria de, nessas circunstâncias, intimar as partes para manifestar-se a respeito (‘intimem-se as partes para que se manifestem sobre a constitucionalidade da lei’). Não há aí qualquer prejuízo. Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional, até mesmo porque o juiz pode estar em dúvida sobre o tema.

Assim, evita-se a prolação de uma decisão surpresa.’

A adoção de premissas fáticas ou jurídicas contidas em outros feitos que tramitaram ou tramitam no âmbito deste Tribunal para decidir sobre a manutenção da condenação imposta à ora embargante enseja inegável cerceamento de sua defesa, posto não ter lhe sido garantida oportunidade para se opor ao fatos e fundamentos contidos nos processos do qual não é parte.

Por essa razão e falando com o máximo respeito e admiração à eminente relatora, o voto complementar que invocou decisões, fatos e fundamentos tratados em outros procedimentos não podem servir à condenação da ora embargante. Tanto nos mencionados procedimentos, como neste, não foi dada oportunidade para que a embargada se manifestasse sobre a matéria relacionada à ilicitude da determinação de serem observados preços equânimes para o preenchimento de determinado item da proposta.

A situação da ora embargante, neste aspecto, difere e não pode ser confundida com a da Gautama, que aparentemente exerceu sua defesa naqueles feitos. Ou seja, ainda que se admita que a invocação dos mencionados procedimentos possa servir à manutenção da condenação imposta à Gautama, não há como de

⁶ Curso Direito Processual Civil, vol. I – 18 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016; pág. 84.

⁷ ob. cit. págs. 84-85

igual forma se proceder em relação à ora embargante, sob pena de manifesta nulidade da decisão por ofensa direta ao direito de defesa, ao princípio do contraditório e à regra do art. 10 do Código de Processo Civil.

Assim, neste ponto, o acórdão embargado deve ser aclarado para que as matérias relacionadas ao comportamento esperado da embargante diante da determinação emanada da Comissão de Licitação, assim como, do fato de que nos feitos mencionados não se vislumbrou qualquer participação ou responsabilidade da Artec sejam devidamente enfrentado pela Corte, caso não se chegue à conclusão da impossibilidade de tais argumentos, que não constavam dos autos e sobre os quais não foi dada oportunidade de defesa, serem considerados para sustentar a condenação da ora embargante, sem prejuízo da sua aplicação em relação às demais interessadas, se for o caso.

‘corroboram a participação da Artec no conluio para favorecer a Gautama : o fato de ter firmado contrato com a Fahma no mesmo dia que a Gautama e com cláusulas idênticas; a mínima diferença entre o orçamento global de ambas, apesar da diferença de 69% nos serviços cotados pela Fahma; a falta de inclusão de cláusula de exclusividade no contrato com a Fahma; a existência nas planilhas da Artec e da Gautama de diversos erros e peculiaridades de grafia idênticos, em sua grande maioria registrados em itens de serviços que não foram inteiramente subcontratados à Fahma’

Este ponto, destacado pela SERUR, tem grande impacto no julgamento do feito e deve ser examinado com a maior atenção possível.

Entre os aspectos destacados que não foram enfrentados no acórdão embargado, cabe tecer algumas considerações sobre as variações de preços verificadas nas propostas apresentadas, as quais são essenciais para a compreensão do quanto está sendo apreciado por esta Corte e, principalmente, da participação da embargante nos fatos.

Conforme consta do acórdão embargado, no item 39 do voto da eminente relatora, os valores contidos nas propostas apresentadas foram quantificados em percentuais que indicaram a proximidade do valor das propostas apresentadas pelas quatro licitantes, o que também foi tido como indício da prática fraudulenta.

Tais percentuais decorrem dos valores contidos na tabela contida na peça 1, p. 28, os quais se pede vênha para reproduzir novamente:

ITENS	ORÇAME NTO ESTIMATIVO SAA/DF (em real)	ACJ	MENDES	GAUTAM A	ARTEC
TOTAL I Barramentos	106.658.97 0,58	97.796.813 ,34	81.175.828 ,95	102.059.87 7,80	101.303.47 6,64
Total II (corrigido) Captação, Adução e Distribuição	33.480.667 ,29	41.044.334 ,09	54.312.739 ,87	38.756.287 ,18	37.855.134 ,98
Total III Serviços Técnicos	6.355.024, 80	7.363.659, 39	10.611.755 ,18	4.231.365, 02	7.149.650, 00
Preço Total (corrigido)	146.494.66 2,67	146.204.80 6,82	146.100.32 4,00	145.047.53 0,00	146.308.26 1,62

Pela análise dos valores apresentados, resta claro que a diferença dos preços dos serviços técnicos, indicados exclusivamente pela Fahma, foi essencial para a classificação do certame.

Resta também evidente que a Fahma, ao considerar o valor dos mesmos serviços técnicos que seriam por ela prestados para a Gautama ou para a Artec – aqui é óbvio que independentemente de quem fosse a subcontratante, a subcontratada prestaria exatamente os mesmos serviços – estabeleceu um valor bem maior para a ora embargante (R\$ 7.149.650,00), ao passo que privilegiou sem qualquer constrangimento a Gautama, com um valor bem inferior, inclusive em relação ao orçamento apresentado pelo órgão licitante (R\$ 4.231.365,02).

Pois bem. O que se aponta nesses autos é que a embargante teria participado de um conluio ou de uma fraude para beneficiar a Gautama. Porém, os valores apresentados nas propostas demonstram justamente o contrário. Quem deseja ‘cobrir’ propostas de outros licitantes não apresenta valor inferior ao cotado pelo beneficiado.

O valor apresentado para o item I pela ora embargante (R\$ 101.303.476,64) é inferior ao praticado pela Gautama (R\$ 102.059.877,80). Para ser exato, o valor da proposta da embargante, neste item, é R\$ 756.401,16 mais barato. No item II, o valor apresentado pela ARTEC (R\$ 37.855.134,98), também foi menor em relação ao



proposto pela Gautama (R\$ 38.756.287,18), o que representaria para os cofres públicos uma economia de R\$ 901.152,20.

Nesses dois valores, que foram propostos pela embargante, nota-se claramente que a intenção dela sempre foi a de proporcionar o melhor valor possível para a Administração Pública.

Mas, a proposta da embargante foi fortemente atingida pelo valor inserido pela Fahma para fazer frente aos serviços técnicos que seriam da sua competência, em manifesta contradição com os valores que também propôs para realizar os mesmos serviços em favor da Gautama.

Disso resulta, o fato, talvez mais importante de todos, não percebido até agora: se a Fahma tivesse apresentado à embargante o mesmo preço que beneficiou a Gautama (R\$ 4.231.365,02), o valor final da proposta da embargante seria de R\$ 143.389.976,64 e, portanto, seria o menor valor ofertado, capaz de representar uma economia para a Administração Pública na ordem de R\$ 1.657.553,36.

Os números apresentados, ao contrário do que aventou, ao contrário de demonstrar um inexistente acerto de eram competitivos e melhores do que os apresentados pela Gautama, com exceção da parcela deliberadamente introduzida pela Fahma que, contaminando a proposta da embargante, a transferiu para a última posição do certame.

Em suma, os valores propostos, ao contrário do afirmado, demonstram que a embargante, no que lhe cabia propor, apresentou preços menores dos da Gautama – o que afasta, por si, qualquer alegação de combinação prévia entre as empresas – e, somente não foi vencedora da licitação por conta da ação despropositada da Fahma que apresentou para a embargante um preço 69% maior do que o cotado para a Gautama – o que demonstra que, se conluio houve, este foi voltado para minar a proposta da embargante.

Esses aspectos e os demais contidos na manifestação da SERUR não foram examinados no acórdão embargado e são essenciais à definição da responsabilidade e participação de cada empresa nos fatos narrados. Se um lado há prova inequívoca de que Gautama e Fahma foram beneficiadas pelos atos que praticaram, de outro também há prova inquestionável de que a Artec foi fortemente prejudicada.

Pede-se, pois, que os presentes embargos de declaração sejam recebidos neste ponto, para que a matéria seja integralmente analisada pelo Plenário deste Tribunal, a fim de se verificar, com exatidão, o comportamento volitivo de cada empresa envolvida, de acordo com o conteúdo de suas respectivas propostas e dos preços por ela praticados.

Em relação a este ponto, também não foram enfrentados no acórdão embargado as conclusões fáticas e jurídicas contidas nos itens 8.4.2⁸ e seguintes da manifestação final da SERUR, que igualmente têm grande

⁸8.4.2. Aí adentra outra premissa errônea adotada por esta Casa e repetida na instrução anterior: a de que a maioria dos erros de grafia não se deu nos serviços técnicos subcontratados à Fahma (apenas 2 dos 18 listados na oitiva), ou que as planilhas foram elaboradas pela Gautama. Novamente pedindo vênias, não é o que se vê nos autos. Senão vejamos (vamos colocar números em cada dito erro de grafia, listados no item 4 da instrução da 4ª Secex (fls. 146 e 147):

a) Os erros de grafia mais graves (erros listados como 1, 2 e 3 da lista) ('Assistência', 'Espacializado' e 'Engenheira Especializado', três, portanto), estão nos Serviços Técnicos, de responsabilidade integral (da própria composição de custos, e não apenas de digitação) da Fahma (fls. 196, 233, 269 e 324);

b) Em realidade, outros três erros de grafia são apenas um, isso porque a expressão 'bota fora ate a distancia' (erros listados sob os números 4, 7 e 13) compõem todos o item 02.03 da planilha (fls. 210 e 250 do Anexo 3). Portanto, os ditos erros relacionados somam 15, dos quais 3 já estão consignados em serviços técnicos. De outra, não há como comparar o bota fora da Gautama com o da Artec, porquanto este último em realidade é uma 'quebra de linha' digitada (fl. 250). De outra, não há como dizer que a palavra bota-fora está hifenizada em todo restante da planilha de ambas as construtoras, isso porque a Artec também tem bota fora exatamente igual a seu item 2.03 nos itens 4.11 e 3.01.09, os quais possuem grafia diversa dos mesmos itens da proposta da Gautama. Ademais, por isso mesmo, cai a afirmação de que a palavra 'bota-fora' está desta forma em todo restante das planilhas de preços;

c) O item 8 ('planialtimétrico'), apesar de não estar na parte de serviços técnicos, apresenta indícios de o serem e de terceirização, distantes da expertise da Artec. Observe-se o item 3.7 do Relatório que compõe o Relatório do Acórdão 7778/2015 – 2ª Câmara (TC 020.477/2007-2), que foram terceirizados a diversas empresas, entre elas a Fahma, os itens Topografia (levantamento planialtimétrico dos altos das barragens e das áreas dos reservatórios), EIA/RIMA, Projeto Executivo e Sondagem. Ademais, conforme está na apresentação que a Gautama fez da Fahma (fls. 153/157), consta que esta tem expertise para elaborar projeto básico de irrigação. Ora, em projetos como o ora em discussão, o levantamento planialtimétrico é um levantamento topográfico destinado a alocar um sistema de irrigação. E é exatamente sobre isso que a Artec não detinha conhecimentos, sequer para orçar. Assim sendo, é mais lógico inferir, com base nas provas indiciárias dos autos, que este item tenha sido confeccionado pela Fahma;

^{d)} o item 9 ('árvores'), apesar da coincidência do erro de grafia em ambas as planilhas nos itens 4.03 e 4.04 (fls. 200 e 238), verificamos que tal coincidência não se repete nos itens 03.01.03 e 03.01.04 (adução e distribuição), pois na planilha da Artec está 'árvores' (fl. 253), enquanto a Gautama coloca 'árvores' (fl. 212);]

^{e)} quanto ao item 11 (1A. CATEGORIA, 2A. CATEGORIA E 3A. CATEGORIA), a conclusão que se quer retirar da coincidência não está autorizada pelos autos. Como se observa dos itens 5.01.09, 5.01.10 e 5.01.11, a Artec repete a referida forma de grafar (fl. 258), enquanto a Gautama coloca por extenso, ou seja, PRIMEIRA, SEGUNDA E TERCEIRA (fl. 216);

^{f)} o item 15 ('manométrica') não autoriza a conclusão de conluio entre a Gautama e a Artec. É que, conforme consta do Comunicado 006-CEL/SAA-DF, datado de 21/12/2000, a própria comissão de licitação grafou como 'manométrica'. Como a determinação para sua inclusão na planilha se deu no dia 21/12 (uma quinta feira), para uma licitação a ocorrer no dia 26/12 (uma terça feira), haveria apenas 1 dia útil para sua inserção no orçamento. Isso justifica o mero 'copy cola', não podendo do indício se retirar o conluio;

^{g)} também a conclusão posta no item 18 ('ate'), no sentido de que tal palavra normalmente não aparece acentuada em ambas as planilhas, a exceção de alguns poucos itens, cuja diferença pareceria a intenção de ocultar a elaboração em conjunto do orçamento, também é errônea e não está autorizada pela prova dos autos. Primeiro porque não identificamos um só acento agudo na palavra 'até' na proposta da Artec, portanto não se trata de 'normalmente'. Segundo, porque a proposta da Artec é um infundável repositório de erros de ortografia, sendo a da Gautama um pouco menos deficitária no sentido gráfico. Observem-se os itens 07.15 e 07.16 da proposta da Artec (fl. 268), onde se encontram grafados: 'PEDRA DE MAO DA AREAS DE DEPOSITO NOS CANTEIRO AOS LOCAISDE APLICACAO' e 'LANCAMENTO E CONFORMACAO MANUAL DE PEDRA DE MAO PARA CONFECCAO DE ENROCAMENTO'.

8.4.2.1. Temos, portanto, que a lista de erros de grafia confeccionada por este Tribunal não pode ser utilizada para conclusões em face da Artec, dadas suas próprias incoerências internas.

8.4.2.2. Outros indícios contribuem para as conclusões que vamos formular. Observa-se nos autos que a Gautama assinou seu Termo de Intenção de Subcontratação (fls. 148/151) com a Fahma em 01/12/2000, supostamente em São Paulo (sede da Gautama). A firma da Fahma foi reconhecida em Belo Horizonte (sede da Fahma) em 16/12/2000, enquanto a firma da Gautama foi reconhecida em Salvador em 20/12/2000. Daí é possível induzir que a Gautama obteve sua documentação antes do dia 20/12/2000. O caso da Artec é distinto, porquanto seu Termo de Intenção de Subcontratação foi assinado em Brasília no mesmo dia 01/12/2000 (o que é perfeitamente possível em regime de ponte aérea), entretanto, a firma da Fahma só foi por ela reconhecida em Belo Horizonte no dia 22/12/2000 (no último dia útil antes da licitação, que ocorreu no dia 26/12/2000). Adicionando a isso o fato de que a determinação da Comissão de Licitação para incluir as eletrobombas na planilha foi encaminhada no dia 21/12/2000 (Comunicado 06-CEL/SAA-DF), a versão a seguir fica autorizada pela prova dos autos.

8.4.2.3. **Eis a versão reconstruída a partir das provas indiciárias dos autos: a Gautama**, parceira de longa data da Fahma (como por elas próprias confessado nos autos), recebeu sua planilha orçamentária digitada e parcialmente precificada pela Fahma, juntamente com o Termo de Intenção de Subcontratação, entre os dias 16/12/2000 e 20/12/2000. Com tempo maior, ainda que ainda escasso para fazer uma revisão detalhada da planilha, retirou alguns erros ortográficos patrocinados pela Fahma, embora tenha deixado passar outros (não vemos como erros ortográficos facilmente identificáveis espaçamentos duplos ou 'c/' ajuntado às palavras que lhes vinham a seguir) e lançou, tal como veio da determinação da Comissão de licitação no dia 21/12/2000, as eletrobombas com alturas 'manométricas' diversas. **A Artec**, sem a mesma 'parceria' histórica com a Fahma, foi objeto de uma demora muito mais relevante, com a finalidade de lhe retirar o poder de revisão detalhada do orçamento planilhado. Recebeu o Termo de Intenção e a Planilha Orçamentária no dia 22/12/2000 e, premida pelo tempo e pelo final de semana e feriado de natal, laborou de forma expedita para revisar os valores de sua expertise, deixando passar todos os incontáveis erros de ortografia patrocinados pela Fahma. Com isso, a Fahma também inviabilizava a capacidade de reação da Artec, inclusive de rever melhor os custos, de forma a beneficiar a Gautama.

Esses **atos são os efetivamente ocorridos? Não sabemos, mas as provas autorizam essa reconstrução da paisagem histórica. Essa é a exata função das provas indiciárias, com que trabalhamos, porquanto não visam reconstruir verdades, mas probabilidades.**

8.4.3. Outra **conclusão do Auditor não se confirma nos autos**, laborando mais como presunção não autorizada pelo direito para fins condenatórios, do que como conclusão a partir dos indícios. Falamos agora da indicação da Fahma tanto pela Artec como pela Gautama, servindo de artifício para a provável violação de suas propostas. Fato supostamente fortalecido pela possibilidade de simples inserção no Termo de Intenção de cláusula de exclusividade, ainda que a informação sobre a possibilidade de múltiplas subcontratações concorrentes só tenha chegado ao conhecimento das licitantes interessadas no dia 19/12/2000, através do Comunicado 005 CEL/SAA-DF (fl.111). Ora, a consulta sobre a referida possibilidade foi promovida pela Mendes Júnior no dia 07/12/2000 e só respondia pela Comissão de Licitação no dia 19/12/2000. Em havendo inferência de conluio, a prova indicaria existir entre a Secretaria de Agricultura e a Gautama, não estando autorizada a mera suposição pela Artec (noviça no campo das obras de irrigação) e de projeção apenas local, pois atuava no DF, enquanto a Gautama era construtora de nível nacional. Com base nessa resposta permissiva do dia 19/12/2000, Mendes

Júnior e Egesa pactuaram seus Termos de Intenção (fls. 169/177 e 179/184) no mesmo dia 19/12, com firma reconhecida pela Magma no Rio Grande do Sul (sede da subcontratada) no dia 21/12 e em Belo Horizonte (sede da Egesa e do Gerente de Área que subscreve pela Mendes Júnior). Não há como dizer que as propostas da Egesa e da Mendes Júnior tinham alguma coincidência, porquanto a Egesa foi inabilitada. O que se pode afirmar é que a Mendes Júnior e a Egesa sabiam das suas pretensões de subcontratar a Magma, e por terem firmado seus Termos sabedores disso, tomaram a cautela de inserir idêntica cláusula de confidencialidade (a qual, ainda que louvável, coloca nas mãos exclusivas de um particular o controle do sigilo das propostas). **Essas provas indiciárias, com cronologia coerente, indicam que tal cautela não era exigível da Artec. E mais:** a ACJ, também sabedora da possibilidade revelada tão somente no dia 19/12, firmou seu Termo de Intenção de Subcontratação (fl. 186/187) no dia 20/12, razão pela qual teve a cautela de inserir cláusula de exclusividade. De outra, como se vê no referido Termo firmado entre ACJ e a Ecoplan, o objeto é idêntico, inclusive quanto a escrita, aos termos pactuados entre a Gautama e a Fahma e a Artec e a Fahma, e este nosso Tribunal de Contas jamais suspeitou, como não teria provas para suspeitar, de concertação entre todos os licitantes e todas as subcontratadas. **Tanto é que a Mendes Júnior e a ACJ, embora sob suspeita de concertação por outro centrado motivo, sobre isso não foram chamadas a se explicar** (vide TC 036.031/2012-7). À derradeira, **não é aceitável a afirmação de que a Artec poderia incluir uma simples cláusula de exclusividade, tendo entre os dias 20 a 25/12 (portanto, 3 dias úteis apenas) para fazê-lo. Trata-se de uma simplificação não autorizada pela realidade, porquanto, além de não saber antecipadamente da subcontratação da Fahma pela Gautama (não há provas disso), caso exigisse tal cláusula da Fahma e ela negasse, não haveria tempo hábil para buscar outra empresa especializada. E certamente a Fahma iria negar a exclusividade, não sendo difícil concluir que optaria pela Gautama.** Dito de outra forma, essa simples cláusula de exclusividade retiraria a Artec do certame.

8.4.4. **Outra conclusão desautorizada pelos autos,** é supor o conluio entre Gautama, Artec e Fahma como decorrência da proximidade dos valores totais das suas propostas em relação ao orçamento global da Secretaria de Agricultura, apesar da diferença de 69% entre os valores cotados pelos serviços técnicos da Fahma para a Gautama e para a Artec. Em primeiro lugar, não se pode fazer um recorte como o levado a efeito por esta Secretaria até o momento, porquanto todas as empresas cotaram muito próximo ao valor máximo orçado pelo órgão: Artec = 99,89%, ACJ = 99,82%, Mendes Júnior = 99,74% e Gautama = 99,03%. Segundo a Artec, ela foi induzida pela Fahma a acreditar que os custos orçados na licitação estavam com baixíssima margem de lucro, o que se poderia confirmar pelas proximidades ao limite dos demais licitantes, sobre cujo fato este Tribunal não entendeu ilícito, mesmo porque nesse centrado quesito não investigou a ACJ e a Mendes Júnior, as quais tinham subcontratadas distintas. E mais, o curtíssimo espaço de tempo e a negativa da Administração em adiar a licitação, em que pese solicitado em função da complexidade da avaliação dos custos, falam mais a favor da tese da Artec do que contra, **ao menos em termos de uma exculpante.** E mais: **em nenhum momento esta Casa fez avaliações sobre os preços estimados para a licitação, de modo a levantar suspeitas fundadas sobre as alegações da Artec.** Eis aqui uma consideração central: **a suspeita deveria ser corroborada por uma perícia desta Corte de Contas nos preços da licitação, não o fazendo, estamos a condenar por presunção, entretanto, ‘uma condenação não pode ter supedâneo em meras conjecturas e suposições’** (TJBA. AP 0000067-68.2008.8.05.0260). Assim, a distorção semântica do termo inicial do percurso lógico, desde já adjetivado, é que nos levaria à conclusão, em verdade uma pré-compreensão até mesmo involuntária, qual seja: preços muito próximos entre si e ao limite máximo caracterizam conluio, logo, o conluio está provado. Trata-se de uma **petitio principii**.

8.4.5. **Os indícios também não autorizam a conclusão** de que a identidade de datas e cláusulas entre os Termos de Subcontratação firmados entre a Gautama e a Fahma e a Artec e a Fahma, provariam a participação da Artec no conluio para beneficiar a Gautama. Quanto a identidade de datas, isso de **per si** não leva à conclusão de conluio, devendo existir outros elementos para **suspeitar da própria data, entretanto, pode-se dizer que é possível** assinar em um mesmo dia um contrato em São Paulo e outro em Brasília, bem como o dia 01/12 é bastante posterior à manifestação de interesse da Artec em participar da concorrência (peça 148: 17/11/2000). A identidade de cláusulas, em especial o objeto idêntico (uma pecha posta nas instruções) pode significar simplesmente que a Artec, procurada pela Fahma (como alega) e inexperiente em tais modelagens de licitação (como provou), recebeu um modelo de contrato simplificado e o assinou. A questão está em saber: a Artec tinha motivos para desconfiar do Termo de Subcontratação? **A resposta, ao nosso ver, é negativa, dada a simplicidade exigível de um simples Termo de Intenção, o qual trazia as cláusulas essenciais, porquanto não seria já um contrato.** Quanto à suspeita ocasionada pela absoluta identidade entre os objetos dos Termos assinados entre a Fahma/Gautama e a Fahma/Artec, uma simples leitura dos autos demonstra que ali apenas se reproduziu a especificação do objeto posta na Planilha de Quantitativos de Serviços Técnicos (fls. 181/182).

8.4.6. Noutro giro, **ao contrário do afirmado na instrução anterior desta Secretaria,** entendo que a prova indiciária dos autos torna plausível a versão da Artec, no sentido de que foi a Fahma quem a procurou e induziu a erros. Em primeiro lugar, as quebras de sigilo demonstram o **modus operandi** da Gautama: tentar controlar a licitação através da cartelização ou por meio de métodos para excluir a possibilidade de concorrentes de vencer o certame. É exatamente o que demonstram as interceptações:

‘NEI informa que em [...] tem quatro grupos participantes: ‘nosso grupo’ (Gautama), Odebrecht com Delta, Carioca com OAS e a Construcap com a Ferreira Guedes; diz que só o último é complicado.



ZULEIDO pergunta como é feita a pré-qualificação.

[...]

ZULEIDO diz que a Construcap com a Pereira Guedes não atende (às exigências), pois é muito específico.

NEI diz que pela Odebrecht-Delta participou Hamilton e pela Carioca-OAS participou Alex; diz que à exceção do (grupo) de São Paulo o restante ‘já está conversado’.

ZULEIDO diz que São Paulo é ‘cacete’; pergunta se vai dar certo e NEI confirma. (fl. 86)

Não há nenhuma evidência nos autos que permita afastar, com o mínimo de justeza, a condição de vítima da Artec, tal como no caso da Construcap/Pereira Guedes.

Ao contrário, existem evidências de acesso privilegiado da Gautama ao órgão promotor da licitação (até mesmo com provas diretas de que foi ela mesma quem elaborou ou influenciou na elaboração do aviso e do edital da licitação – item 26, na menção que faz ao item 75, do Relatório do Acórdão 2.426/2012 – Plenário). Em sendo assim, é de todo factível concluir que a Gautama soube do interesse da Artec (manifestado formalmente em 17/11/2000 – peça 148) na licitação e passou a laborar para controlar a situação.

Duas foram as formas de controle: I) manter a licitação em data exígua, impedindo que os licitantes tivessem tempo para depurar o orçamento (pedido da Queiroz Galvão datado de 18/12/2000 – peça 148) ou para procurar um outro subcontratado (sabedor da não exigência de exclusividade tão somente no dia 19/12/2000, como licitação agendada para 26/12/2000); e II) o mecanismo de controle dos que não se associassem seria através da Fahma, conseguindo com a Administração a interpretação expansiva da dita cláusula de subcontratação, que conseguira embutir no edital, interpretada como não requerendo exclusividade.

A questão estava em saber se a Artec teria como desconfiar dos preços que a Fahma atribuiu aos serviços especializados. Pois bem, os serviços especializados foram estimados pela Secretaria de Agricultura em R\$ 6.335.024,80, enquanto a Fahma lançou para a Artec o preço de R\$ 7.149.550,00. Decerto é uma diferença aceitável, que mantinha mentalmente a Artec na ilusão de estar competitiva, bem como compatível com a tese de que o orçamento estava muito enxuto. Preço esse muito próximo do cotado pela ACJ (R\$ 7,5 milhões).

Aqui vemos um outro raciocínio logicamente falho: o de que ‘uma empresa disposta a ganhar a obra não se arriscaria a concorrer com uma margem tão ínfima de vitória’. **Essa conclusão requereria uma outra premissa: a de que haveria margem de custos (gorduras) no orçamento estimado do órgão, de forma a que as empresas pudessem dar descontos mais expressivos. Repita-se, este Tribunal não realizou nenhuma avaliação nos preços, que permita supor isso. Um indício de possível confecção, mas ausente dos autos.**

Tudo dito aqui, confrontado com as provas dos autos, demonstra que a versão dada pela Artec faz sentido, tem coerência. Lembramos de nossa passagem no STF em tempos de ‘mensalão’, quando, em verdade, havia um confronto entre versões reconstruídas pelo Ministério Público e pela Defesa. A única forma de julgar foi retirar de cada versão os termos inconsistentes e, ao final, verificar qual das versões mantinham-se de pé ou se mesmo as duas permaneciam fazendo sentido, e, nesta última hipótese de dúvida, inocentar o acusado.

8.4.7. Da mesma forma, a ausência de outros relacionamentos entre a Artec e a Fahma, ao contrário das relações habituais entre esta e a Gautama, **autorizam, sim, a intelecção de que a Fahma agiu de forma a prejudicar a Artec, de modo a proteger os interesses próprios e da Gautama.** Como demonstrado no item acima, esse era o **modus faciendi** da Gautama. Aqui o que aproveita a Artec é a afirmação da Fahma, transcrita à fl. 8 da peça 148, no sentido de reduzir sua margem no contrato com a Gautama, de modo a impressioná-la. Uma afirmação que não faz qualquer sentido, pois os serviços técnicos foram estimados pela Secretaria em R\$ 6,3 milhões (50% maior que o cotado pela Fahma para a Gautama), enquanto a Fahma cotou para a Gautama singelos R\$ 4,2 milhões. Não há como considerar que os mais de R\$ 3 milhões entre o cotado para Artec (R\$ 7,150 milhões) e para a Gautama pela Fahma enquadrem-se no conceito de margem. Adicione-se a isso o fato de que no TC 020.477/2007-2 este Tribunal apurou que a Gautama recebeu R\$ 128 mil pelo serviço detalhamento do projeto barragens, pagou por esse serviço apenas R\$ 58 mil à Fahma, **mas não há prova de sua execução** (Relatório do Acórdão 2.426/2012 – Plenário, item 37 da última manifestação da Unidade Técnica). O mais inverossímil é que a Fahma havia cotado esse serviço para a Gautama por R\$ 1,5 milhão e para a Artec por R\$ 2,580 milhão.

8.4.8. Igualmente, o **uso do raciocínio lógico não permite a conclusão de que os preços não coincidentes entre as licitantes** apenas revelam que foram ajustados de tal forma que apresentassem pequena diferença no valor global entre si e em relação à estimativa da Administração, de modo a fomentar a aparência de competição. **Com todas as vênias, para além de tal assertiva só ser possível diante de uma análise de preços (não realizada),** a simples leitura do resultado da licitação demonstra que a Gautama só venceu o certame por força do trabalho da Fahma, de modo a beneficiá-la e a prejudicar a Artec. Retirando os valores dos serviços especializados o preço da Artec seria de R\$ 139.158.711,82, enquanto a Gautama ficaria com R\$ 140.816.164,98. O grupo de serviços menos impactante na obra, em termos financeiros, foi o responsável pela vitória da Gautama. Exatamente nos itens da obra onde, mais tarde, verificou-se estarem superdimensionados ou não realizados (vide itens 36 e 45 do Voto condutor do Acórdão 7.778/2015 – Segunda Câmara).

relevância para o deslinde da causa, uma vez que o principal elemento considerado para fundamentar a condenação imposta à embargante diz respeito aos erros de grafia que se repetiram nas propostas apresentadas pela Artec e pela Gautama, quando é incontroverso que tais planilhas foram geradas exclusivamente pela Fahma.

Dessa forma, não porque os fundamentos trazidos na manifestação do Secretário da SERUR não precisem ser rebatidos um a um, mas porque cada um deles é suficiente, por si, para influenciar no deslinde do julgamento, é que se espera que os presentes embargos de declaração sejam acolhidos e providos para que a matéria seja suficientemente enfrentada pelo Colegiado.

Nesse sentido, vale destacar que quando os vícios apontados contem, em si, elementos capazes de alterar o julgado, seja em razão da omissão de análise de questões prejudiciais, seja em decorrência do exame das alegações contidas nos autos, é necessário que o Julgador se manifeste sobre eles, ainda que para afastá-los.

O devido processo legal, de índole constitucional, não pode se reduzir a uma mera formalidade. Não basta que ao autor e ao réu, por exemplo, seja assegurado o direito de apresentar provas e argumentos e eles sejam efetivamente apresentados.

É preciso que as provas e os argumentos apresentados sejam examinados e analisados, sem prevalência de um sobre os outros. Ou, a se dar prevalência a uns - de acusação, por exemplo - sobre outros - de defesa -, é necessário que se aponte a razão específica pela qual tal prevalência estaria assegurada. Caso contrário, a norma constitucional de garantia do devido processo legal fica reduzida a uma encenação sem propósito e sem finalidade.

Nesse sentido, os tribunais brasileiros têm reconhecido que violam as regras que cuidam dos embargos de declaração, como ensinava o saudoso Ministro Peçanha Martins: *‘o acórdão que deixa de se manifestar quanto à questão essencial ao deslinde da controvérsia suscitada anteriormente pela parte’* (REsp 723030 / BA, DJ 21.11.2005).

Da mesma forma, o em. Ministro Luiz Fux destaca que: *‘há violação [...] quando o Órgão julgador, instado a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros e relevantes ao desate da causa, não enfrenta a questão oportunamente suscitada pela parte’* (REsp 554.374/SC, DJ 01.3.2004).

A partir dessa compreensão, tem-se entendido, por exemplo, que *‘nos termos do art. 105, III, a, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça pode e deve, reconhecendo a existência de omissão relevante em julgamentos proferidos pelas instâncias ordinárias, determinar, em sede especial, a baixa dos autos a fim de que seja aprimorada e efetivada a entrega da tutela jurisdicional’*. (AgRg no REsp 1097139 / SC, 1ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 01.09.2010).

Por fim, neste tópico, o acórdão embargado também deve ser integrado para o efeito de afastar contradição nele contida.

Consoante demonstrado acima, a manifestação da Secretária de Recursos somente pode ser compreendida como aquela emanada de seu titular, sendo que todas as anteriores ficam por ela substituídas, como clara consequência hierárquica e cronológica.

Na espécie, como amplamente demonstrado, a manifestação da SERUR apontou o acolhimento da pretensão da ora embargante. Não obstante, no item 7 do voto inicialmente proferido, a eminente relatora acolheu e adotou *‘como razões de decidir o posicionamento da instrução técnica e do Parquet pelo não provimento dos apelos’*.

8.4.9. À derradeira, entendeu-se que ‘outro elemento que corrobora a ideia de conluio entre as duas concorrentes: ambas incluíram os serviços de Equipamento Hidromecânicos de Recalque dentro do subitem 5.3 de seus orçamentos, diferentemente do que consta nas planilhas elaboradas pelas empresas ACJ e Mendes Júnior, que os relacionou no subitem 3.3’. Diga-se de passagem, a ausência do comunicado 006-CEL nos autos levou a uma primeira confusão sobre o tema (vide item 99 da instrução da Secob – fls. 28/29), que parece persistir, ainda que de forma residual. As **provas vão em sentido completamente contrário, ou seja, o estranhamento deveria se dar em relação às planilhas da ACJ e da Mendes Júnior**, isso porque o **último** comunicado (006-CEL/SAA-DF, de 21/12/2001) foi explícito ao encaminhar ‘a página que contém o item 5.3, equipamentos hidromecânicos de recalque para substituir a página enviada anteriormente no comunicado 004 – CEL/SAA-DF [que fazia referência ao item 3.3]. Esclarecemos que o item 5.3 - ... -, deverão ser considerados no orçamento de Vossas Senhorias, com os valores fornecidos pela SAA-DF’. **Dizer que obedecer uma regra do licitante é prova de conluio não nos parece conforme o próprio direito.**



O posicionamento da instrução técnica e do Parquet, como se viu, são completa e radicalmente divergentes e ao se adotar o posicionamento da instrução técnica – pela procedência do pedido de reexame – o acórdão embargado, com a devida vênia, tornou-se contraditório, pois as premissas incorporadas na fundamentação, além de serem divergentes entre si, não correspondem se prestam a subsidiar a conclusão do julgamento.

É certo que no voto complementar proferido pela eminente relatora, identificou-se e foi dada prevalência – sem, contudo, serem examinadas as premissas da manifestação final da SERUR – ao posicionamento adotado pelo auditor federal. Não obstante, a contradição verificada se manteve quando, ao final, na conclusão do voto complementar a eminente relatora se posicionou pela manutenção do voto originalmente submetido à consideração do colegiado.

Assim, em relação a este ponto, também se mostra necessário dissipar a contradição existente no acórdão embargado, a fim de se esclarecer exatamente qual o posicionamento da SERUR está incorporado ao voto e, caso não seja aquele subscrito pelo titular, que, então se indiquem os fundamentos pelos quais as precisas e claras constatações contidas na referida manifestação não seriam aptas para justificar a procedência do pedido de reexame apresentado pela embargante, suprimindo-se as omissões anteriormente indicadas.

Omissão. Nulidade *ab initio* do procedimento, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal em relação à ‘operação navalha’, com aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

O voto condutor do acórdão embargado, ao incorporar as razões contidas no parecer do Ministério Público (peça 134), entendeu que a fraude em análise no presente feito: *‘[...] foi desnudada a partir de provas regularmente emprestadas do Inquérito 544-BA (Operação Navalha), instaurado pelo DPF/MJ. As informações policiais, aliadas aos elementos levantados pelo próprio TCU, neste e em outros processos, levaram à efetiva comprovação da fraude’*. E, em seguida disse:

‘As provas emprestadas do Inquérito 544-BA expuseram a existência de uma ‘organização criminosa liderada pelo empresário ZULEIDO SOARES DE VERAS (chefe da organização criminosa), Diretor Presidente da Construtora GAUTAMA, especializada em executar obras públicas’, sendo que ‘MARIA DE FÁTIMA PALMEIRA, JOÃO MANOEL SOARES BARROS e DIMAS SOARES DE VERAS são funcionários da Construtora (primeiro nível da organização) e trabalham sob a coordenação de ZULEIDO’ (página 22 da peça 2). Expuseram, ainda, aquelas informações policiais, que ‘O objetivo do grupo é sempre a obtenção de lucro por meio de fraude em procedimentos licitatórios e direcionamento de recursos federais e/ou estaduais para convênios ou contratos que beneficiem as obras que executam ou executarão. Para a concretização de tais ações, corrompem quaisquer servidores públicos e agentes políticos, bem como contam com uma ampla rede de ‘lobistas’ que praticam tráfico de influência em órgãos públicos estratégicos de interesse para a organização’. No que se refere às obras de construção de barragens na bacia do Rio Preto, no Distrito Federal, consta, das provas emprestadas do Inquérito 544-BA, relato de conversa havida por meio de telefone entre Maria de Fátima Palmeira e João Manoel Soares Barros, em 27/6/2006, informando que a referida organização criminosa agiu na licitação destinada à contratação daquelas obras mediante o que o próprio João Manoel Soares Barros chamou de ‘estratégia de subcontratação’ (página 23 da peça 2)’

Não há dúvidas, portanto, que a matéria arguida desde a apresentação das defesas, concernente à nulidade do procedimento instaurado a partir de escuta telefônica, foi afastada por este Tribunal, sob o argumento de que a obtenção da informação que deu azo ao início da fiscalização fora obtida por meios legais, conforme compartilhado a partir do inquérito 544, em curso no Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre, porém, que ao considerar esse elemento, este Eg. Tribunal de Contas não atentou para o fato de que as interceptações telefônicas obtidas na mencionada ‘operação navalha’ foram declaradas nulas pelo Supremo Tribunal Federal, no início deste ano, no julgamento do inquérito 3732, relatado pela eminente Ministra Cármen Lúcia, cuja respectiva ementa foi lavrada nos seguintes termos:

‘INQUÉRITO. DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL. CRIME DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA (ART. 332 DO CP). OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA POR JUIZ INCOMPETENTE, DE ACORDO COM O ART. 102, INC. I, AL. b DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO ART. 1º DA LEI N. 9.296/1996. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA EXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO CLARA E OBJETIVA EM RELATÓRIO DA POLÍCIA FEDERAL DE POSSÍVEL PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO TRIBUNAL DE CONTAS E, POSTERIORMENTE, DE MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ILICITUDE DAS PROVAS DERIVADAS DA INTERCEPTAÇÃO ILICITAMENTE REALIZADA POR



AUTORIDADE JUDICIAL INCOMPETENTE. CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE DO ART. 395, INC. III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENÚNCIA REJEITADA.

1. A denúncia preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, individualiza a conduta do denunciado no contexto fático, expõe de forma pormenorizada todos os elementos indispensáveis à demonstração de existência, em tese, do crime de tráfico de influência, sem apresentar a contradição apontada pela defesa.

2. A prova encontrada, fortuitamente, durante a investigação criminal é válida, salvo se comprovado vício ensejador de sua nulidade.

3. Nulidade da interceptação telefônica determinada por autoridade judicial incompetente, nos termos do art. 102, inc. I, al. b, da Constituição da República e do art. 1.º da Lei n. 9.296/1996.

4. Ausência de remessa dos autos da investigação para o Supremo Tribunal Federal, depois de apresentados elementos mínimos caracterizadores da participação, em tese, de Ministro do Tribunal de Contas da União e de membro do Congresso Nacional na prática de ilícito objeto de investigação.

5. Contaminação das provas produzidas, por derivação, por não configuradas as exceções previstas no § 1º e no § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal.

Denúncia rejeitada, por não estar comprovada, de forma lícita, a existência de justa causa para o exercício da ação penal, caracterizando a hipótese prevista no art. 395, inc. III, daquela lei processual.

(Inq 3732, rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJE de 22.3.2016)'

Consoante se depreende do inteiro teor do referido acórdão, cuja cópia é apresentada em anexo, o voto da eminente Ministra Cármen Lúcia é preciso ao afirmar que 'extraí-se dos autos que, na investigação policial conhecida como 'Operação Navalha', chegou-se, fortuitamente, à interceptação de conversas telefônicas entre o acusado, o Deputado Federal Paulo Sérgio Paranhos de Magalhães e Zuleido Soares de Veras, entabuladas de agosto de 2006 a maio de 2007'.

E, mais adiante a eminente relatora acrescenta que 'observa-se, também, que as interceptações telefônicas concretizadas na 'Operação Navalha' foram prorrogadas algumas vezes pelo juiz da Segunda Vara Criminal da Seção Judiciária da Bahia de 19 de maio a 18 de agosto de 2006, de acordo com as cópias das decisões de fls. 134-139, 154-161, 172-177, 201-205, 219-223 e 253-255. Verifica-se, então, que em 14.9.2006 o juiz declinou de sua competência em favor da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça'.

Em um breve parêntese, apenas para situar, confira-se à p. 20 da peça 1 (fl. 19 dos autos físicos), que as gravações que justificaram o início da presente investigação ocorreram em 26 e 27 de junho de 2006, antes, portanto, do magistrado de primeira instância declinar da sua competência para o STJ (onde os autos passariam a formar o Inquérito 544).

Entretanto, como disse a eminente Ministra Cármen Lúcia no mencionado precedente, o magistrado de primeira instância, mesmo diante de informações que indicavam fantasioso envolvimento de pessoa que somente poderia ser investigada pelo Supremo Tribunal Federal, continuou a deferir a prorrogação da interceptação, quando o material colhido já indicava a competência exclusiva do STF para a investigação em curso.

A eminente relatora continuou seu voto. Destacou que a obtenção fortuita de provas é plenamente admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas grifou: desde que obtidas lícitamente e, em seguida, consignou:

'17. No presente caso, ao contrário do alegado pelo Procurador Geral da República em sua manifestação de fls. 298-311, desde 19.5.2006 havia 'elementos mínimos e seguros' para se promover o deslocamento da competência para o Supremo Tribunal Federal, considerando-se que na representação pela continuidade das interceptações constantes dos autos há menção à complexidade das ações da organização criminosa investigada e à sua ramificação pelas diversas esferas de poder da República.

Exemplos disso são as afirmações constantes dos Relatórios Circunstanciados apresentados para obtenção de renovação das interceptações, como é exemplo o Relatório n. 006/NAVALHA às fls. 123- 133, a seguir:

[...]

A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou o entendimento de que 'não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de juiz federal aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas' (HC n. 81.260/ES, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. DJ19.4.2002).



Entretanto, não está em discussão a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de convalidação das provas produzidas no curso de interceptação telefônica iniciada por juízo aparentemente competente. Não é esse o ponto. Sobre isso não há dúvida.

18. Debate-se na espécie em exame ter o juízo aparentemente competente para a autorização das interceptações telefônicas, no curso das investigações, no dia 18.5.2006, recebido elementos de prova indicadores da real possibilidade de participação em eventual prática criminosa, de pessoa cujo foro, por prerrogativa de função, é da competência deste Supremo Tribunal Federal.

Analisando idêntico pedido ao agora formulado pela defesa do denunciado em medida cautelar interposta no HC n. 113.145/BA, subscrito pelo mesmo advogado, em favor de Flávio Conceição de Oliveira Neto, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, afirmou:

‘Em determinados casos, o encontro fortuito desses elementos será fundamental para definir ou afirmar a competência de determinado órgão judicial. De resto, questão relativa à competência para determinar a interceptação telefônica tem como ponto de partida o crime suspeitado, o que pode resultar num quadro de incompetência superveniente por ocasião da conclusão das investigações.

À guisa de ilustração, quanto à competência do juiz para autorizar a interceptação telefônica, este Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de afirmar, no julgamento HC 81.260/ES, que ‘não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal — aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão — que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas’. Confira-se a ementa desse julgado:

‘(...) IV. Interceptação telefônica: exigência de autorização do juiz competente da ação principal (L. 9296/96, art. 1º): inteligência. 1. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da L. 9296/96: só ao juiz da ação penal condenatória - e que dirige toda a instrução-, caberá deferir a medida cautelar incidente. 2. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação - não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará -, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. 3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal - aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão - que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas’. (HC 81.260/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002).

Por fim, a despeito de a defesa sustentar a competência do STF, dada a suposta participação na empreitada criminosa de Ministros do TCU e de Governadores Federais, é certo que o magistrado de primeiro grau, ao proceder a um cotejo analítico dos elementos probatórios até então colhidos na medida cautelar, reputou, a princípio, pela ausência de circunstância razoável que pudesse excluir a sua competência.

Posteriormente, no desdobramento da persecução criminal, é que declinou de sua competência em favor do STJ, em razão de indícios de envolvimento de governadores do Estado de Sergipe e do Maranhão’ (grifos nossos).

Naquele caso, do habeas corpus, a medida cautelar foi indeferida, porque o paciente tinha foro justamente no Superior Tribunal de Justiça, que conduzia o inquérito àquela altura, por ser Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

Na espécie vertente, instaurado o procedimento preparatório, mesmo sendo o ‘crime suspeitado’ de competência do Supremo Tribunal Federal, o juiz entendeu-se competente em uma análise realizada ‘a princípio’, mas que mostrou-se equivocada, ao final e, quando ele declinou da sua competência, o fez remetendo os autos para o Superior Tribunal de Justiça, sendo este Inquérito distribuído neste Supremo Tribunal apenas em 5.8.2013.

19. Anote-se, mais uma vez, não ter o Ministério Público Federal, autor da denúncia, impugnado os documentos reproduzidos neste processo pela defesa, como parte do Inquérito n. 544/BA no Superior Tribunal de Justiça.

Registre-se, também, que as anotações encontradas na agenda de Gil Jacó Carvalho Santos, apreendida pela Polícia Federal, não são aptas, por si só, a demonstrarem a existência de elementos mínimos

caracterizadores da materialidade e autoria delitiva, necessários à indicação da necessidade do prosseguimento da ação penal, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal.

Ademais, estas provas foram obtidas por derivação da interceptação realizada sem a autorização do Supremo Tribunal Federal, o juízo competente para determinação daquele ato, nos termos do art. 102, inc. I, al. b, da Constituição da República e do art. 1º da Lei n. 9.296/1996.

Neste sentido é claro o posicionamento deste Tribunal traduzido no julgamento realizado no HC n. 93.050, Relator o Ministro Celso de Mello:

‘A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária’

Ao concluir, de forma peremptória e unânime, o Supremo Tribunal Federal declarou a nulidade de todas as interceptações telefônicas realizadas no âmbito da ‘operação navalha’, desde 19.5.2006, como resta expresso no dispositivo do voto da eminente Ministra Cármen Lúcia, que foi acompanhada por todos os ministros da 2ª Turma:

20. Pelo exposto, voto pela declaração da nulidade das interceptações telefônicas realizadas por juiz incompetente desde 19.5.2006 e, conseqüentemente, pela invalidação de todas as provas decorrentes dessas interceptações.

Como reiteradamente afirmado nestes autos, pelo Tribunal e de forma específica pelo Ministério Público, o procedimento de investigação teve início a partir de gravação telefônica realizada no âmbito da ‘operação navalha’, em junho de 2006, ou seja, interceptação telefônica inegavelmente abrangida pela declaração de nulidade emanada do Supremo Tribunal Federal, por se tratar de prova ilícita, conforme decido que, igualmente, invalidou todas as provas decorrentes de tais interceptações.

Resta evidente, portanto, que o presente procedimento possui ilicitude insanável em sua origem – que obviamente não pode ser atribuída a este Tribunal – mas igualmente não pode ser desconsiderada, pois já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, a ora embargante respeitosamente pede que o v. acórdão embargado seja aclarado para o fim de examinar a decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal que declarou a nulidade das interceptações telefônicas realizadas no âmbito da ‘operação navalha’, dentre as quais aquela que deu origem ao presente procedimento.

Omissão. Prescrição do crime de fraude à licitação.

Ao tratar sobre a preliminar de prescrição defendida pelo embargante, o acórdão embargado assentou que o posicionamento dos órgãos técnicos e do Ministério Públicos eram conflitantes neste ponto e ‘sem adentrar na divergência’ indicou que a questão já estaria sendo discutida nos autos da TC 007.822/2005-4 (relator o ministro Benjamin Zymler).

Falando com o máximo respeito, a mera existência de divergência entre os pronunciamentos anteriores já seria, por si, suficiente para que a discrepância fosse examinada no presente feito, pois essa questão revela importante tema da defesa apresentada e foi expressamente reiterada no pedido de reexame (peça 82, pp 6-21).

Não se desconhece que este Tribunal, a partir do recente Acórdão 1441/2016-Plenário consolidou o entendimento de que a pretensão punitiva no âmbito do Tribunal de Contas da União é regida pelo prazo de dez anos expresso no Código Civil Brasileira.



Porém, nos votos que compuseram a maioria que deliberou neste sentido no mencionado precedente, as questões abordadas foram enfrentadas apenas sob o ângulo da aplicação de sanções acessórias decorrentes da aferição de irregularidades praticadas nos processos de prestação de contas.

O presente feito revela situação diversa, que merece ser examinada, qual seja, a aplicação da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/92, que é autônoma, tem caráter inegavelmente sancionatório e não pode ser considerada como regida pelas mesmas regras que tratam das sanções meramente pecuniárias ou por aquelas que versam sobre direito civil, no qual, inclusive, se admite a compensação ou mesmo a validação da fraude, por ato de vontade das partes envolvidas (cf. art. 172 do Código Civil, *o negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro*).

Por outro lado, se fossem aplicáveis à fraude em licitação às regras contidas no Código Civil Brasileiro, seria necessário verificar que ao invés do prazo de prescrição genérico de 10 anos, o diploma civil contém o prazo específico de quatro anos para a anulação dos negócios viciados (Cód. Civil, art. 178⁹) e ‘quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato’ (Cód. Civil, art. 179).

Não seria lógico, com a devida vênia, dizer que não se pode anular o ato fraudado, mas apenas impor sanção que decorreria da sua existência.

Por outro lado, sobre o tema, há precedente específico do Superior Tribunal de Justiça que revela que a prescrição no caso de declaração de inidoneidade não é regulada nem pelo prazo de dez anos, nem pelo prazo de cinco anos previsto genericamente no art. 1º da Lei 9.873/99, quando o fato apontado também caracteriza crime. Isso, porque, o § 2º do art. 1º da Lei 9.873/99 expressamente dispõe que ‘§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal’. Confira-se a propósito a ementa do respectivo precedente:

‘ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. RESTABELECIMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. NÃO-OBSERVÂNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. *Insurge-se no mandamus contra o restabelecimento de sanção de inidoneidade para licitar aplicada pelo Ministro de Estado das Comunicações, em virtude de suposta fraude à competitividade de certame licitatório instaurado no âmbito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT (Concorrência Pública nº 010/2000). O writ fundamenta-se, basicamente, nos seguintes argumentos: i) contrariedade ao devido processo legal e à ampla defesa, pois a revisão do decisum que suspendeu a aplicação da penalidade ocorreu sem o oferecimento de prévio contraditório e a oportunidade de defesa; ii) decurso do prazo prescricional da ação punitiva da administração pública, porquanto o ato tido por infracional fora firmado em 21.07.2000 e o processo administrativo instaurado apenas em 11.09.2008.*

2. *O termo inicial do prazo prescricional coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, em consagração do princípio universal da actio nata. Assim, embora o termo de compromisso de subcontratação tenha sido o elemento utilizado pela impetrante para supostamente fraudar a competitividade da licitação, a realidade é que a fraude ao certame licitatório apenas aperfeiçoou-se a partir da celebração do contrato pela vencedora do procedimento.*

3. *De acordo com o art. 1º, § 2º, da Lei 9.873/99, quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal. No caso, a conduta supostamente praticada enquadra-se no tipo penal do art. 90 da Lei 8.666/93, que prevê a pena de detenção de 2 a 4 anos. Nessa hipótese, o art. 109, IV, do CP prevê que o prazo prescricional é de 8 anos. Dessa feita, considerando que a lesão ao direito ocorreu em 01.10.2000 (assinatura do contrato) e que o processo administrativo foi iniciado em 11.09.2008, deve-se afastar a alegativa de prescrição.*

⁹ Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.



4. Ao mesmo passo que a Constituição impõe à administração pública a observância da legalidade, atribui aos litigantes em geral, seja em processos judiciais, seja administrativos, a obediência à garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV).

Todavia, não se deve confundir o poder de agir de ofício, ou seja, de iniciar um procedimento independentemente de provocação das partes, com a tomada de decisões sem a prévia oitiva dos interessados. É nesse contexto, portanto, que se inserem os enunciados das Súmulas 346 e 473/STF.

5. O contraditório e a ampla defesa são valores intrinsecamente relacionados com o Estado Democrático de Direito e têm por finalidade oferecer a todos os indivíduos a segurança de que não serão prejudicados, nem surpreendidos com medidas interferentes na liberdade e no patrimônio, sem que haja a devida submissão a um prévio procedimento legal. Os aludidos preceitos, desse modo, assumem duas perspectivas: formal - relacionada à ciência e à participação no processo - e material - concernente ao exercício do poder de influência sobre a decisão a ser proferida no caso concreto.

6. Ao restabelecer a sanção de inidoneidade para licitar - que havia sido suspensa anteriormente - sem sequer abrir vista dos autos à parte interessada para aduzir o que de direito, a autoridade coatora deixou de observar os princípios da ampla defesa e do contraditório, o que acarreta na nulidade desse ato. Todavia, isso não impede a Administração Pública de, observado o devido processo legal, prosseguir na apreciação do processo administrativo instaurado.

7. Segurança concedida em parte.

(MS 15.036/DF, rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJE de 22.11.2010).’

A partir desse precedente, é necessário que a Corte enfrente alguns pontos essenciais à decisão do presente feito, que foram devidamente invocados no pedido de reexame.

Em primeiro lugar, consta do v. acórdão que o prazo prescricional deveria ser contado a partir do momento em que este Tribunal teve ciência da irregularidade detectada, isto é, em 6.6.2007. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, contudo, acima estampado, é preciso em determinar que ‘o termo inicial do prazo prescricional coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, em consagração do princípio universal da *actio nata*’.

Assim, tal como no precedente indicado – que coincidentemente tratava de fato ocorrido em 2000 – é necessário que seja suprida a omissão verificada no acórdão embargado para que se aponte por qual razão jurídica a prescrição no presente feito não deve ser contada do momento da entrega das propostas, a partir do qual a fiscalização poderia ser realizada para apuração de eventual prática fraudulenta.

Além disso, considerada a orientação da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, também cabe explicitar no presente feito a razão pela qual a situação dos autos – semelhante à tratada no precedente indicado – não estaria sujeita ao prazo de prescrição regido a partir da extinção da punibilidade de eventuais crimes praticados.

O entendimento do STJ é claro ao dispor em relação à sanção de inidoneidade que *quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal*.

Como ressaltado nas manifestações apresentadas, a hipótese tratada nestes autos diz respeito ao possível cometimento do crime de fraude à licitação, previsto no art. 90 da Lei 8.666/93¹⁰, que por ter pena máxima de quatro anos, prescreve em oito, conforme a regra do art. 109, IV, do Código Penal.

Destaque-se neste ponto e com a máxima reverência às posições contrárias, que não haveria qualquer lógica jurídica razoável em um sistema que, de um lado não permite o Estado aplicar a sanção penal decorrente do ato ilícito, em face do transcurso do tempo e, de outro, admitir que o mesmo Estado pudesse aplicar a sanção administrativa de inidoneidade para licitar, a partir do igual substrato fático já prescrito.

Com a devida vênia, os prazos de prescrição não são estabelecidos para beneficiar o devedor¹¹, eles decorrem da necessária observância ao princípio da segurança jurídica como assevera Santiago Dantas, ao dizer

¹⁰ Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

¹¹ Sobre o tema, recorde-se que ‘*Há, pois, um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição em sentido genérico. Poder-se-á dizer*

que '(...) influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais pode. De modo que, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais – fazer com que o homem possa saber com o que conta e com que não conta'¹².

No caso dos autos, nem a embargante, nem seus sócios cometeram ou concorreram para que fosse cometido crime contra a licitação da qual participaram com plena vontade de vencer, o que não foi possível exclusivamente em razão do comportamento de terceiros. Mas, mesmo que assim não fosse. Mesmo que houvesse o imaginado acerto para favorecer determinada empresa – o que é difícil de admitir, ainda que em tese – é certo que tais fatos teriam ocorrido no ano de 2000, no início do século, o que não justifica, com as máximas vênias, que lhe seja imposta sanção dezois anos depois.

Pede-se, pois, que o acórdão embargado seja examinado à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e que ele seja integrado para que dele conste expressamente as razões pelas quais o prazo de prescrição no presente caso não deve ser contado a partir do momento em que já era possível a fiscalização (26.12.2000), assim como para que sejam indicados os fundamentos jurídicos pelos quais a prescrição não deve observar a regra quinquenal ou, ao menos, porque não deve seguir exatamente o prazo prescricional relacionado aos crimes que eventualmente teriam ocorrido.

Registre-se, neste ponto e em relação a todos os demais, que a partir da edição do novo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente e analogicamente ao presente feito, não se considera fundamentada a decisão que contenha apenas remissões a números de precedentes ou que não enfrente todos os argumentos capazes de infirmar as conclusões do julgador, conforme se depreende do § 1º do art. 469 do CPC/2015¹³.

Omissão. Presunção de fraude.

O embargante pede que o v. acórdão embargado seja aclarado para que supra a omissão relativa à ausência de provas ou indícios de que a empresa tenha agido em conluio ou fraude, com o fim de influenciar indevidamente a licitação realizada pelo órgão do Distrito Federal.

As razões expostas acima e aquelas que constam das manifestações anteriores da embargante já são suficientes para emprestar a esse tema a maior magnitude possível no deslinde da questão. Conforme apontado no início desta peça, a garantia fundamental contida no inciso XLV do art. 5º da Constituição da República impõe que a individualização da pena deve ser observada para não permitir que as consequências dos atos

que, assim procedendo, o direito dá amparo ao relapso, em prejuízo do titular da relação jurídica. E até certo ponto é uma verdade: em dado momento, o ordenamento jurídico é chamado a pronunciar-se entre o credor que não exigiu e o devedor que não pagou, inclinando-se por este. Mas se assim faz é porque o credor negligente teria permitido a criação de uma situação contrária ao seu direito, tornando-se a exigência de cumprimento deste um inconveniente ao sossego público, considerado mal maior do que o sacrifício do interesse individual, e tanto mais que a prolongada inatividade induzira já a presunção de uma renúncia tácita. É por esta razão que se dizia ser a prescrição patrona generis humani, produtora do efeito sedativo das incertezas. (Caio Mario da Silva Pereira, Instituições, 1996, p.684).

¹² Apud BARROSO, Luís Roberto. *A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001.

¹³ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

praticados não ultrapassem a figura do agente e possam atingir terceiros, que não concorreram para a concretização do evento ilícito.

Na espécie, conquanto o acórdão embargado tenha apresentado fundamentos suficientes para aplicar a sanção de inidoneidade às empresas Gautama e Fahma, de igual forma não se procedeu em relação à Artec, que, d.v., foi condenada por arrastamento a partir de atos que não foram por elas praticados, mas lhe prejudicaram e continuam a prejudicar fortemente.

Em várias manifestações e decisões destes autos tem-se repetido reiteradamente que ‘indícios vários e coincidentes são prova’ e, para tanto, se aponta antigo precedente do Supremo Tribunal Federal (RE 68006), em que tal prática teria sido admitida.

Rogando-se a máxima vênua, pede-se licença para lembrar que o precedente em questão foi tomado em 1969, momento em que o país não dispunha do seu melhor quadro normativo e, na verdade, o RE 68.006 não foi conhecido pela Suprema Corte, por se considerar que o recurso extraordinário pretendia o reexame dos fatos e das provas contidas naqueles autos. Não houve, em consequência, discussão sobre a matéria relacionada ao valor probante dos indícios.

Por outro lado, é assente na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que diz respeito à Fraude à licitação, que *‘a presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o ‘standard’ anglo-saxônico - a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2. À falta de prova suficiente da participação do acusado, Deputado Federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas parlamentares de sua autoria, bem como do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas parlamentares e, ainda, de associação a grupo dedicado à prática de fraudes e peculatos na aquisição de ambulâncias com recursos federais, impõe-se a absolvição’* (AP 521, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJE De 6.2.2015).

Dito de outro modo, a fraude não pode ser presumida e deve ser comprovada, por meio de provas robustas que afastem qualquer dúvida a respeito da ocorrência dos fatos. Nesse sentido, o artigo 46 da Lei 8.443/92¹⁴ dispõe ser necessária a verificação da ocorrência de fraude *comprovada* à licitação para que a sanção de inidoneidade possa ser aplicada ao licitante *fraudador*; e somente a ele.

Na espécie dos autos, como já dito, se de um lado há provas e indícios que militam contra as demais interessadas, o mesmo não pode ser presumido em relação à ora embargante, que não agiu, em nenhum momento com a vontade consciente ou com o risco assumido de fraudar a licitação que, repita-se, disputou com plena esperança de ganhar, pois seus preços – sem considerar os decorrentes da ação praticada pela Fahma – eram competitivos e refletiam a melhor opção para a Administração.

Neste ponto, o acórdão embargado precisa ser aclarado para que se supra a omissão relativa à análise do comportamento da ora embargante, a fim de que sejam identificados a partir de quais elementos de prova contidos nos autos seria possível aferir o dolo de sua conduta.

Em relação a esse ponto, também cabe lembrar que *‘os crimes tipificados pela Lei 8.666 não admitem a modalidade culposa; portanto, de acordo com o dispositivo geral, são sempre dolosos. Vale dizer, o tipo subjetivo desses crimes porta sempre o dolo, a livre, consciente e incondicionada vontade de praticar a conduta descrita no tipo subjetivo. Mas, além do dolo, o tipo subjetivo porta, também, intenção de intervir em uma pública licitação; essa intenção foi remotamente considerada como dolo específico, hoje inexistente. [...]’* e *‘a dúvida sobre se o agente atuou com dolo eventual ou culpa, restando o delito punível tão-somente a título de dolo, na forma de jurisprudência da Corte e da doutrina do tema, impõem a aplicação da máxima in dubio pro reo posto decorrente dos princípios da reserva legal e da presunção de inocência. Sob esse ângulo, a doutrina e a jurisprudência preconizam: No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza ..., não bastando a alta probabilidade..., sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio (in RT. 619/267, sobre o escólio de CARRARA). (STJ, Apn 226/SP, rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJ de 8.10.2007).*

Desse último citado também se retira que *‘exurgindo dúvidas lindeiras entre a inépcia e a culpabilidade impõe-se o afastamento da condenação, tese superada na jurisprudência da Corte, na lei, e na*

¹⁴ Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

doutrina; f) a Corte Especial é firme no sentido de que: I) o dolo genérico não é suficiente a levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações (APn 261-PB, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 05.12.2005); II) a insuficiência da prova leva à absolvição (APn 55-BA, Rel. p/ Acórdão Min. José de Jesus Filho, DJ 25.11.1996); 'na decisão final, a dúvida beneficia o réu e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação.' (APn 195-RO, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 15.09.2003).

De igual modo, conforme a jurisprudência do STJ sobre a fraude em licitação '*Constitui o elemento subjetivo especial do tipo o intuito de obter, pelo agente, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação cuja competitividade foi fraudada ou frustrada. Não se pode confundir, portanto, o elemento subjetivo ínsito ao tipo - e que diz respeito à vantagem obtida pelo agente que contratou por meio de procedimento licitatório cuja competitividade foi maculada - com eventual prejuízo que esse contrato venha a causar ao poder público, que, aliás, poderá ou não ocorrer.*' (REsp 1.498.982/SC, rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, DJE de 18.4.2016).

Ao tratar dessa matéria, o eminente Ministro Rogério Schietti, relator do precedente citado, com precisão destacou que:

Assim, constitui-se o elemento subjetivo especial do tipo (dolo específico) o intuito de obter, pelo agente, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, cuja competitividade foi fraudada ou frustrada. Nas palavras de Delmanto, 'o dolo, vontade livre e consciente de frustrar ou fraudar acrescido do especial fim de agir, ou seja, para obter, para si ou para terceiro, vantagem (econômica) decorrente da adjudicação (ato de transferência) do objeto da licitação' (DELMANTO, op. cit., p. 308).

Não se pode confundir, portanto, o elemento subjetivo ínsito ao tipo - e que diz respeito à vantagem obtida pelo agente que contratou por meio de procedimento licitatório cuja competitividade foi maculada - com eventual prejuízo que esse contrato venha a causar ao poder público (que, aliás, poderá ou não ocorrer).

Não é isso, contudo, o que se trata no presente caso. O acórdão embargado, é verdade, apontou que a ausência de prejuízo ao erário não seria motivo suficiente para afastar a caracterização da fraude e realmente não é. Como exemplificado no precedente mencionado, a fraude pode inclusive significar benefício para a administração quando, por exemplo, um licitante tem ciência prévia do valor das propostas apresentadas pelos demais para que, ajustando a sua, possa oferecer um melhor preço que o tornará vencedor.

Porém, independentemente do prejuízo ao Erário, a caracterização da fraude à licitação demanda a demonstração da existência de vantagem ou benefício que tenha sido buscado pelo fraudador. No caso daqueles que se beneficiam do procedimento, a vantagem é inerente. Em relação aos terceiros, contudo, que são apontados como partícipes, é necessário que se demonstre que eles visaram, ainda que de forma indireta, obter alguma vantagem para si ou para o licitante beneficiado.

No caso em exame, como já reiteradamente dito, a embargante não teve qualquer vantagem no procedimento adotado, só prejuízos. E não há, com a devida vênia, nenhuma prova de ligação entre a embargante e a empresa Gautama que permita a ilação da intenção de se buscar alguma vantagem para aquela empresa a partir do comportamento da embargante. A ausência desse tipo de prova ou mesmo indício decorre de um fato muito simples: a embargante jamais manteve qualquer relacionamento comercial ou mesmo de amizade com a empresa que se encontrava (e agora se sabe o porquê) em um patamar muito mais elevado do que a embargante, que lutava para poder realizar boas obras, em estrita observância aos princípios da legalidade e da moralidade.

No caso, e com a máxima vênia, pior do que considerar que a embargante possa a ser considerada como empresa inidônea é equipará-la ao tipo de procedimentos pelos quais as demais interessadas foram ou estão sendo acusadas em procedimentos judiciais. A embargante nunca coadunou ou participou dos atos que ensejaram fortes investigações sobre as demais empresas e jamais poderá concordar em ser com elas comparada.

Se for possível presumir algo no presente caso, com a devida vênia, a presunção lógica seria que a proposta da ora embargante foi minada pelo alto custo dos serviços técnicos apresentados pela Fahma, cuja disparidade com os preços praticados em favor da Gautama foi expressamente reconhecida pela empresa.

Diante desse quadro, da mesma forma que se poderia imaginar sem qualquer elemento fático capaz de corroborar a assertiva que as três empresas estavam acordadas para apresentar preços a partir da ciência mútua das duas propostas apresentadas, também, a partir dos mesmos elementos, não seria possível desconsiderar a hipótese da Fahma ter traído a ora embargante, em favor da Gautama, e – divulgando ou não os elementos que estavam sendo considerados pela embargante para a apresentação de sua proposta, o que chega a ser irrelevante no presente caso – ter ela, Fahma, acrescido o preço dos serviços técnicos comunicado à Artec ou,

inversamente, mas com o mesmo efeito, ter reduzido drasticamente o valor dos mesmos serviços em benefício da Gautama.

Dessa forma, se é inconteste que o desenrolar dos fatos demonstram sérios indícios de beneficiamento da Gautama em razão do procedimento adotado pela Fahma, de outro lado não há certeza de que a Artec teria participado dessa manobra. A embargante tem certeza que não participou, mas ainda que se cogite dessa impensável hipótese, não haveria como afastar a existência de dúvida razoável no caso, o que impede, exclusivamente no caso da embargante, a afirmação peremptória da prática de conduta dolosa, essencial à caracterização da fraude comprovada de licitação.

Por essas razões e pelas quais já constaram do pedido de reexame, a embargante pede que este Tribunal, afastando a omissão verificada, promova a integração do acórdão embargado para o fim de analisar a existência ou não de dúvida razoável sobre a atuação dolosa da embargante nos fatos analisados, apontando de forma precisa quais as provas que demonstrariam a sua atuação direta com o propósito específico e doloso de fraudar a licitação.

Omissão. Dosimetria. Exame da proporcionalidade

Por fim, a ora embargante pede que este Eg. Tribunal supra a omissão relativa à análise do pedido alternativo que constou do item 8 do pedido de reexame (peça 82, pp. 26 e seguintes), a partir do qual se pugnou que na pior hipótese, a dosimetria da sanção imposta à embargante fosse reapreciada pelo Plenário desta Casa.

Entretanto, apesar do pedido expresso e dos fundamentos que o embasaram, o voto-condutor do acórdão se restringiu a afirmar que *‘a dosimetria da pena imposta sopesou a participação da empresa no cometimento da fraude e não merece reparos’*. Não houve, portanto, efetivo exame das razões e fundamentos que foram apresentados, senão pela via de uma negativa geral que não condiz com a necessidade dos atos decisórios – especialmente os que impõem sanção – serem devidamente fundamentados.

Sobre o ponto, é importante destacar que as sanções aplicadas no presente feito estipularam um prazo de cinco anos para Gautama – dado o seu elevado grau de envolvimento nas questões versadas nestes autos e naquelas tantas outras que foram identificadas – e, em relação à Fahma e à Artec estipulou prazo menor, porém idêntico de três anos.

Falando com todo o respeito possível, as situações e os atos praticados pela Fahma e pela Artec que são objeto no presente feito não se equivalem, nem podem ser equiparados.

Se houve o reconhecimento de fatores que permitiram a fixação do prazo atribuído à Gautama em patamar superior ao estabelecido para as demais empresas, também deveria haver – e é necessário que haja – a análise individualizada das ações e omissões praticadas pela Fahma e as que são, d.v., injustamente imputadas à ora embargante.

Para diferenciar as situações e individualizar a sanção, basta verificar que o benefício auferido pela Gautama que permitiu que ela fosse declarada vencedora da licitação partiu de ação exclusiva da Fahma, pois o excepcional valor atribuído aos serviços técnicos que compuseram a proposta da Gautama foi decisivo para o resultado da licitação.

A estipulação de tais valores, por certo, não pode ser atribuída à ora embargante, que consoante confessado pelas demais empresas não tinha ciência dos preços praticados pela subcontratada em benefício da Gautama.

Por outro lado, não resta dúvida que a ausência de comunicação da existência de dois contratos de subcontratação foi assumida e confessada pela Fahma, o que revela mais um diferencial no comportamento das empresas. Quem omitiu a informação, nesse aspecto e conforme confessado nos autos, foi a Fahma. O que se imputa à Artec seria mera imprudência de não ter adotado providências para se prevenir contra comportamento ilícito da empresa que a procurou para ser sua subcontratada.

Verificadas essas e as demais diferenças de comportamento que já foram destacadas nessa peça, é essencial que se examine a fixação do prazo da sanção de inidoneidade que foi imposto à ora embargante, equiparando a sua situação processual à situação da Fahma.

Não é justo ou proporcional, com a devida vênia, que ambas as empresas sejam condenadas ao mesmo prazo de aplicação da sanção, quando resta cristalino que os comportamentos foram díspares e não contribuíram da mesma forma para a alegada fraude. A embargante simplesmente não contribuiu dolosamente para a ocorrência da fraude apontada e, ainda que por absurdo se possa dizer que a sua conduta, no máximo culposa, pudesse colaborar para o evento, ainda assim, tal contribuição seria mínima diante dos atos diretamente praticados pelas demais interessadas e não teria trazido qualquer benefício em favor da embargante.

Não há como dar tratamento igualitário a pessoas que estão em situação desigual, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade.

Ao propor o pedido de reexame, a embargante demonstrou a existência de uma série de decisões em que esse Tribunal aplicou prazos reduzidos e inferiores ao imputado à embargante, por atos que, em verdade, são mais graves, como se vê, por exemplo, da sanção de inidoneidade pelo prazo de seis meses imposta na TC 8.552/2010, que envolvia hipótese na qual o licitante não se desenquadrava como microempresa e, consequentemente, auferiu vantagens nas licitações que participou. No presente caso, a embargante, como reiteradamente dito, não obteve nenhuma vantagem, só prejuízo.

Não é lógico ou jurídico que quem se beneficiou de uma fraude receba uma sanção de seis meses, e quem não teve qualquer benefício, seja apenado com o prazo de três anos.

A aplicação de sanção acima do patamar médio previsto na legislação não pode ser feita sem que se identifiquem razões e agravantes específicas que permitam a elevação do mínimo legal, consoante reiteradamente decidido pelas cortes brasileiras.

Desta forma, a embargante respeitosamente pede e espera que os presentes embargos de declaração sejam acolhidos para, ao menos, suprir a omissão verificada neste ponto, a fim de, na pior hipótese, a sua situação individual ser examinada para efeito da quantificação do prazo da sanção de inidoneidade que lhe foi imposta, que, com o máximo respeito, não pode ser igual à atribuída à empresa Fahma, cuja participação nos eventos foi muito mais significativa e comprometedora.

Conclusão

Por todas as razões expostas nesta peça e por cada uma delas, a embargante, invocando os doutos suplementos dos eminentes Ministros que compõem este Tribunal, pede e espera que os presentes embargos de declaração sejam acolhidos com efeito suspensivo aos Itens 9.1 e 9.2 do Acórdão 2851/2016-Plenário e, ao final, providos para que as omissões e contradição apontadas venham a ser sanadas pelo Plenário desta Casa e que, em razão da análise dos pontos omissos, venham a ser reconhecidos efeitos infringentes ao presente recurso para o fim de afastar a sanção de inidoneidade imposta à ora embargante, ainda que ela seja mantida em relação às demais interessadas.

A embargante reitera as escusas pelo alongado dessa peça, que decorre não apenas dos vícios e fundamentos apresentados, mas principalmente da seriedade e das graves consequências que a sanção imposta por este Tribunal pode causar a quem, em nenhum momento foi apontada por quem quer que seja como parte integrante de uma organização criminosas que terminou por prejudicar fortemente à ora embargante.

De igual modo, a embargante tem grande preocupação com os mais de 1.200 funcionários e respectivas famílias que podem ser afetados pela drástica medida contra ela lançada.

Por fim, ao reiterar o elevado respeito pelas decisões desse Tribunal, cuja atuação em prol da coisa pública tem se revelado constante cumprimento da alta missão constitucional atribuída a essa Corte, é que se pede e espera que os presentes embargos de declaração, como anunciado no início, não sejam compreendidos como uma mera tentativa de promover crítica ou se opor de forma não fundamentada às decisões proferidas por esse Tribunal.

A única intenção da embargante é a de buscar, de acordo com os caminhos legais, a compreensão da sua particular situação dentro desse enredo de fatos, de forma a preservar os seus direitos constitucionais de não ser confundida com outras pessoas, cuja defesa não lhe cabe realizar, as quais devem responder por seus atos perante as autoridades administrativas e judiciais competentes.

Pede-se, pois, provimento aos presentes embargos de declaração, pelos fundamentos deduzidos e, principalmente, por ser medida de inteira Justiça.'

2. O parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 180), exarado por solicitação desta relatora, foi no seguinte sentido:

'Trata-se de processo apartado do TC-019.395/2007-2 com o fim específico de apurar a ocorrência de fraude contra a Concorrência 01/2000/CEL/SAA-DF, certame promovido pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Distrito Federal – SAA-DF com vistas à execução, com emprego de recursos federais, de sistema de irrigação na bacia do Rio Preto.

O referido processo TC-019.395/2007-2 cuidou de levantamento de auditoria que teve por objetivo apurar a ocorrência de irregularidades em licitações e contratações de obras públicas de que tivesse participado a Construtora Gautama Ltda. A realização dessa fiscalização foi determinada pelo Tribunal mediante o Acórdão 1.287/2007-Plenário, deliberação proferida em sede de representação de minha lavra tratada no TC-015.473/2007-2. A representação foi formulada com base em documentação recebida da Ministra Eliana



Calmon, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, consistente em diversos volumes de prova coligidos no âmbito do Inquérito 544-BA (‘Operação Navalha’), instaurado e conduzido pelo Departamento de Polícia Federal – DPF, do Ministério da Justiça – MJ, em que foram constatados indícios de fraude em vários procedimentos licitatórios de que participou a referida empresa Gautama.

Após instruído, este feito foi levado à apreciação do Tribunal, que, mediante o Acórdão 2.426/2012-Plenário, decidiu:

‘9.1. com fundamento no art. 46 da Lei 8.443, de 1992, c/c o art. 271 do Regimento Interno do TCU, declarar a inidoneidade das empresas a seguir relacionadas, para participarem de licitação na administração pública federal, conforme os prazos indicados, em virtude de conluio para fraude comprovada a procedimento licitatório, no âmbito da Concorrência 1/2000-CEL/SAADF, lançada pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Distrito Federal (GDF), para construção de barragens na Bacia do Rio Preto/DF, financiada em boa parte com recursos federais provenientes do Convênio MI 257/2000 (Siafi 397789):

9.1.1. pelo prazo de 5 (cinco) anos, no caso da empresa Gautama Ltda. (CNPJ 00.725.347/0001-00); e

9.1.2. pelo prazo de 3 (três) anos, nos casos das empresas Artec Ltda. (CNPJ 00.086.165/0001-28) e Fahma Planejamento e Engenharia Agrícola Ltda. (CNPJ 16.741.423/0001-00);

9.2. determinar à 4ª Secex que constitua processo apartado de representação, por cópia completa destes autos, com vistas à elucidação processual das seguintes questões:

9.2.1. participação das demais empresas mencionadas nos autos – Mendes Júnior e ACJ – em relação ao conluio para fraude comprovada a procedimento licitatório, no âmbito da Concorrência 1/2000-CEL/SAA-DF, lançada pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Distrito Federal (GDF), para construção de barragens na Bacia do Rio Preto/DF, financiada em boa parte com recursos federais provenientes do Convênio MI 257/2000 (Siafi 397789), chamando ambas as empresas, em sede de oitiva, para, querendo, se manifestarem especificamente no que se refere à inclusão do item ‘Equipamentos Hidromecânicos’, em suas propostas orçamentárias, com descrição, quantitativos e preços unitários e total idênticos, para todas as quatro empresas licitantes, apesar de tal item não ter sido sequer incluído no orçamento base do órgão licitante;

9.2.2. provável participação de gestores do Distrito Federal na consumação das irregularidades tratadas nos autos, especialmente no que concerne às questões relacionadas à inclusão da cláusula de subcontratação no Edital, em contrariedade à Lei de Licitações e Contratos, bem assim à ausência de questionamento ou mesmo de impugnação, por parte da comissão de licitação, sobre a exata e estranha coincidência de quantitativos e preços unitários do item ‘equipamentos hidromecânicos de recalque’, fato esse que poderia ser facilmente detectado pelo exame da referida comissão como clara evidência de que havia conluio entre as empresas licitantes.

9.3. enviar cópia do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta:

9.3.1. ao Ministério da Integração Nacional, à Procuradoria da República no Distrito Federal, ao Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, à Polícia Federal, à Exma. Sra. Eliana Calmon, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, e às empresas interessadas, Mendes Júnior e ACJ, neste caso, para facilitar a identificação das questões processuais que merecem ser objeto de defesa específica;

9.3.2. ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Controladoria-Geral da União - CGU, para as providências necessárias ao cumprimento do item 9.1 deste Acórdão, em especial no que diz respeito à inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, criado por meio da Portaria CGU 516, de 15 de março de 2010; e

9.4. retirar a chancela de sigilo dos presentes autos, mantendo o sigilo, todavia, apenas em relação aos documentos sigilosos, especialmente, em relação aos provenientes do Inquérito 544/BA, os quais devem ser tratados pelas unidades responsáveis com a devida salvaguarda legal do sigilo;

9.5. determinar que a 4ª Secex dê integral cumprimento aos exatos termos do Acórdão 1.287/2007 – Plenário no sentido de promover a devida responsabilização das empresas também em relação aos outros oito empreendimentos, ainda não examinados, como apontado no item 3 da Proposta de Deliberação que fundamenta este Acórdão, considerando que, segundo a jurisprudência do TCU, as penalidades do art. 46 da Lei 8.443/1992 podem ser anuladas.’

Em face dessa deliberação, interpuseram pedidos de reexame as empresas Gautama, Artec e Fahma, requerendo, em essência, o afastamento das respectivas sanções de declaração de inidoneidade que lhes foram impostas mediante o item 9.1 daquela deliberação. A empresa Artec requereu, também, o reconhecimento de prescrição da pretensão do Tribunal de lhe impor a referida sanção e, para o caso de não lograr êxito nos seus



pedidos, a diminuição do prazo de vigência da sanção que lhe foi imposta. Os referidos pedidos de reexame foram julgados mediante o Acórdão 2.851/2016-Plenário, em que o Tribunal decidiu:

‘9.1. conhecer dos pedidos de reexame e negar-lhes provimento;

9.2. dar ciência desta deliberação às recorrentes, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MPOG e à Controladoria-Geral da União – CGU.’

Cuida-se, nesta oportunidade, de embargos de declaração opostos pela empresa Artec (peça 175) em face do aludido Acórdão 2.851/2016-Plenário.

Mediante despacho lançado à peça 176, V. Ex.^a, destacando, entre as inúmeras questões levantadas pela empresa embargante, matéria relacionada à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a ‘Operação Navalha’, por meio da qual foi declarada a nulidade das interceptações telefônicas realizadas por juiz incompetente, com consequente invalidação de todas as provas decorrentes daquelas interceptações, e considerando a natureza dessa alegação, bem como a possibilidade de reflexos daquela decisão do STF neste processo, solicitou a manifestação deste Ministério Público junto ao TCU ‘especificamente sobre essa matéria’.

- II -

Assevero, logo de início, que, com efeito, a presente apuração de fraude contra a Concorrência 01/2000/CEL/SAA-DF foi desencadeada a partir de elementos emprestados do Inquérito 544-BA (‘Operação Navalha’), instaurado pelo DPF/MJ. No entanto, as informações policiais trazidas a estes autos só serviram mesmo a esse impulso inicial, uma vez que a comprovação do cometimento de fraude contra aquele certame licitatório deu-se com base em elementos levantados pelo próprio TCU, no exercício de sua competência disposta no artigo 71, inciso VI, da Constituição: ‘fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município’.

Ressalte-se que o próprio Supremo Tribunal Federal vem decidindo que a teoria dos frutos da árvore envenenada há de ser devidamente interpretada e empregada, de modo a evitar que o seu uso indiscriminado favoreça a impunidade. Nesse sentido, o STF tem defendido o entendimento de que, em se tratando de provas autônomas e legítimas, não derivadas da prova ilícita, não há que se falar em prejuízo ao processo e ao julgamento decorrente das provas autônomas e lícitas. Assim decidiu o STF, por exemplo, no julgamento havido em sede da reclamação 12.484/DF (relator: Ministro Dias Toffoli; data do julgamento: 29/4/2014; órgão julgador: Primeira Turma).

A mesma matéria já havia sido tratada pelo STF na oportunidade em que aquele tribunal julgou o *habeas corpus* 91.867-PA (relator: Ministro Gilmar Mendes; data do julgamento: 24/4/2012; órgão julgador: Segunda Turma). Constaram do voto condutor daquela decisão as seguintes considerações, as quais calham perfeitamente para o esclarecimento da questão ora em exame (grifos meus):

Por fim, à guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita, e as demais ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), tenho para mim que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. Explico.

A rejeição da prova derivada assenta-se na doutrina americana dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*). O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, aplicou essa teoria, declarando a nulidade de todos os atos praticados no processo, desde a denúncia, inclusive (HC 74.116/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.3.1997; HC 69.912/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.3.1994; HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 4.8.2000).

Referida doutrina, contudo, tem sido objeto de mitigação em razão de seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos. Como bem analisa Eugênio Pacelli, ao investigado sempre será mais proveitoso a existência de uma prova ilícita, sobretudo se produzida antes do início das investigações. Aí se poderá alegar que todas as demais, subsequentes, dependeriam da informação obtida com a ilicitude (Oliveira, Eugênio Pacelli, Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pg. 314).

Daí se falar em existência de provas autônomas (*independent source*) e em descobertas inevitáveis (*inevitable discovery*) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita. Nesse diapasão, nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras constantes do processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude.

Na hipótese, entendo não haver se falar em prova ilícita por derivação. É que, nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), é certo

que o curso normal das investigações conduziria ao encontro de elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado.’

A propósito, cumpre notar que o artigo 157 do Código de Processo Penal, com os termos que lhe deu a Lei 11.690/2008, cuida, justamente, em seus §§ 1º, parte final, e 2º, das exceções que devem ser observadas na aplicação da regra geral, positivada no § 1º, parte inicial, daquele artigo, preconizada na teoria dos frutos da árvore envenenada:

‘Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.’

- III -

Ante o exposto, este representante do Ministério Público junto ao TCU, manifestando-se especificamente sobre a matéria aludida por V. Ex.^a em despacho lançado à peça 176, defende, em consonância com o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal em sede da reclamação 12.484/DF e do *habeas corpus* 91.867-PA, que, embora a presente apuração de fraude contra a Concorrência 01/2000/CEL/SAA-DF tenha sido iniciada a partir de informações policiais posteriormente consideradas ilícitas, por motivo de incompetência do juízo que autorizou a sua produção, a aplicação da sanção prevista no artigo 46 da Lei 8.443/1992 às empresas Gautama, Artec e Fahma mediante o Acórdão 2.426/2012-Plenário, mantido inalterado após julgamento de pedidos de reexame realizado por meio do Acórdão 2.851/2016-Plenário, revela-se juridicamente correta, uma vez que se baseou em elementos de prova lícitos e autônomos produzidos pelo próprio Tribunal no exercício de sua competência disposta no artigo 71, inciso VI, da Constituição.”

É o relatório.

VOTO

Atendidos os requisitos de admissibilidade dos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do Regimento Interno, conheço dos embargos de declaração opostos pela Construtora Artec S/A contra o acórdão 2.851/2016-Plenário, que conheceu do pedido de reexame por ela interposto contra o acórdão 2.426/2012-Plenário e negou-lhe provimento.

2. A última deliberação mencionada foi proferida em levantamento de auditoria e mantida, apenas com alterações de forma, pelos acórdãos do Plenário 2.916/2012 e 3.125/2012. Relatado pelo ministro-substituto André Luís de Carvalho, o julgado original, entre outros pontos, declarou a inidoneidade da embargante e das empresas Gautama e Fahma para participarem de licitação na Administração Pública Federal, conforme prazos indicados, em virtude de comprovado conluio para fraude a procedimento licitatório no âmbito da concorrência 01/2000-CEL/SAA-DF, lançada pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Distrito Federal (atual Secretaria de Agricultura, Abastecimento e Desenvolvimento Rural/DF) com vistas à construção de barragens na Bacia do Rio Preto/DF, em boa parte com recursos federais provenientes do convênio MI 257/2000 (Siafi 397789).

3. Entre as inúmeras questões levantadas na extensa peça recursal (peça 175), destaquei matéria relacionada a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a chamada “Operação Navalha”, na qual foi declarada a nulidade das interceptações telefônicas realizadas por juiz incompetente desde 19/5/2006; consequentemente, houve invalidação de todas as provas decorrentes dali provenientes.

4. Tendo em vista a natureza da alegação e a possibilidade de reflexos de tal decisão nestes autos, solicitei a manifestação do Ministério Público junto ao TCU - MPTCU especificamente sobre essa matéria.

5. O parecer do *Parquet* especializado defendeu “em consonância com o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal em sede da reclamação 12.484/DF e do *habeas corpus* 91.867-PA, que, embora

a presente apuração de fraude contra a Concorrência 01/2000/CEL/SAA-DF tenha sido iniciada a partir de informações policiais posteriormente consideradas ilícitas, por motivo de incompetência do juízo que autorizou a sua produção, a aplicação da sanção prevista no artigo 46 da Lei 8.443/1992 às empresas Gautama, Artec e Fahma mediante o Acórdão 2.426/2012-Plenário, mantido inalterado após julgamento de pedidos de reexame realizado por meio do Acórdão 2.851/2016-Plenário, revela-se juridicamente correta, uma vez que se baseou em elementos de prova lícitos e autônomos produzidos pelo próprio Tribunal no exercício de sua competência disposta no artigo 71, inciso VI, da Constituição”.

6. Passo ao exame dos embargos de declaração.

7. A embargante apresentou, em síntese, as seguintes alegações recursais:

7.1. inicialmente registrou que a intenção de mover os embargos de declaração não se confunde com a mera tentativa de obter novo julgamento, mas de integrar e aperfeiçoar o acórdão recorrido;

7.2. expôs histórico da Construtora Artec S/A e de sua participação no mercado da construção civil;

7.3. analisou o parecer do secretário da Secretaria de Recursos - Serur;

7.4. arguiu nulidade *ab initio* do procedimento, conforme decidido pelo STF em relação à “Operação Navalha”, com aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada;

7.5. alegou prescrição do crime de fraude a licitação;

7.6. afirmou não poder ser condenada com base em presunção de fraude;

7.7. propugnou pela dosimetria; exame da proporcionalidade da pena aplicada.

8. No tocante às argumentações elencadas anteriormente nos subitens 7.1 e 7.2, não há matéria com carga recursal que mereça pronunciamento.

9. Quanto à análise da embargante sobre o parecer do secretário da Serur (subitem 7.3), que lhe seria favorável por conta do provimento do pedido de reexame, percebo que a intenção da recorrente é fazer prevalecer tal parecer em detrimento dos demais que foram adotados por esta relatora.

10. Apesar de tal inconformismo não se revestir em matéria de embargos de declaração, permito-me tecer alguns esclarecimentos.

11. Equivoca-se a embargante ao afirmar que “a manifestação da Secretaria de Recursos somente pode ser compreendida como aquela emanada de seu titular, sendo que todas as anteriores ficam por ela substituídas, como clara consequência hierárquica e cronológica”.

12. A etapa de instrução processual termina no momento em que o titular da unidade técnica, no caso o secretário de Recursos, emite seu parecer conclusivo. Esta é a exata inteligência do § 2º do art. 160 do Regimento Interno deste Tribunal.

13. E não poderia ser diferente!

14. A instrução processual tem início com a instrução técnica do auditor federal, passa pela manifestação do diretor e culmina com o parecer do secretário. Inexiste nessa forma procedimental qualquer prevalência da manifestação de um ator em detrimento da de outro.

15. Existindo divergência entre a manifestação do secretário em relação à dos demais – como ocorreu no presente caso –, não há que se falar, como quer fazer crer a embargante, que somente o pronunciamento do secretário deve prevalecer, negando-se força aos demais.

16. Olvidou-se a recorrente do claro disciplinamento contido no art. 11 da Lei 8.443/1992 e no art. 157 do Regimento Interno, de que o relator presidirá a instrução do processo, podendo acolher qualquer uma das manifestações técnicas, ou até ser contrário a todas, para formação do seu livre convencimento e busca da verdade material.

17. Em relação às alegações recursais de prescrição do crime de fraude a licitação (subitem 7.5), de aplicação da penalidade de inidoneidade baseada em presunção de fraude (subitem 7.6) e da dosimetria na aplicação da pena (subitem 7.7), extraio os seguintes trechos do voto condutor do acórdão ora combatido, que demonstram o tratamento das questões:

“(…)

11. Em suma, a recorrente alegou: (i) dois erros procedimentais por parte deste Tribunal que teriam atingido seus direitos e os de seu advogado; (ii) prescrição de cinco anos da pretensão punitiva desta Corte; (iii) fragilidade dos argumentos da 4ª Secex, que se baseou no conjunto dos indícios como prova; (iv) a pena de



declaração de inidoneidade deve partir da comprovação da ocorrência de fraude, o que não teria ocorrido nestes autos; (v) boa-fé; (vi) inexistência de dano ao erário.

(...)

27. Para reforçar que o conjunto dos indícios verificados neste processo é robusto o suficiente para manter a aplicação da sanção à recorrente, socorro-me de trecho do voto do ministro *a quo*, André Luís de Carvalho:

(...)

28. A alegação de que a pena de declaração de inidoneidade deve partir da comprovação da ocorrência de fraude, o que não teria ocorrido nestes autos, também não deve prosperar. A recorrente não trouxe qualquer elemento suficiente para afastar o exame da matéria por este Tribunal. Além disso, o trecho antes transcrito demonstra em detalhes a fraude perpetrada.

(...)

31. Ao final de seu recurso, a Artec requereu, caso o Tribunal não acolhesse os argumentos recursais, a redução da pena de três anos de inidoneidade. Fez, ainda, um ‘pedido especial à Presidência desta Casa: que, a exemplo do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, seja dada oportunidade a cada ministro componente do Plenário, em votação nominal, para se pronunciar especificamente sobre a dosimetria da pena, reformando a pena imposta à Construtora Artec Ltda.’.

32. Verifico que a dosimetria da pena imposta sopesou a participação da empresa no cometimento da fraude e não merece reparos. No que concerne ao pedido especial, é certo que o presidente desta Corte, ao submeter este processo à deliberação do Plenário, franqueará a qualquer de seus integrantes, como reza a processualística deste Tribunal, a possibilidade de discutir a matéria, inclusive com respeito à dosimetria da pena, não sendo necessário pedido nesse sentido.”

18. Essas últimas alegações recursais buscam rediscutir o mérito das questões examinadas na prolação do acórdão ora atacado.

19. Inexiste, nas argumentações recursais, qualquer vício a ser saneado pela via dos embargos, que deve ser aquele eventualmente presente entre as premissas utilizadas pelo julgador e a sua conclusão.

20. A alegação de contradição entre o acórdão embargado e doutrina, jurisprudência ou comando legal é pertinente em outras espécies recursais, a exemplo de recurso de reconsideração ou pedido de reexame, nas quais o comando atacado é contrastado com aquela fonte jurídica. Entretanto, é descabida nos aclaratórios, cuja única finalidade é esclarecer ou integrar a decisão embargada – e, apenas excepcionalmente, modificá-la.

21. Nos embargos de declaração não há espaço para rediscussão de mérito de matéria decidida. O teor do que foi aduzido no presente recurso, que se limita, em essência, a repetir argumentações devidamente refutadas por este Tribunal em oportunidade anterior, deixa transparecer que a real intenção da embargante é a inapropriada reanálise de mérito.

22. Por derradeiro, tem-se a alegação da recorrente de nulidade *ab initio* do procedimento, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal em relação à “Operação Navalha”, com aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (subitem 7.4).

23. Relembro que este processo foi apartado do TC 019.395/2007-2 com o fim específico de apurar a ocorrência de fraude contra a concorrência 01/2000/CEL/SAA-DF, certame promovido pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Distrito Federal - SAA-DF com vistas à execução, em boa parte com emprego de recursos federais, de sistema de irrigação na Bacia do Rio Preto.

24. O referido processo TC 019.395/2007-2 cuidou de levantamento de auditoria que teve por objetivo apurar a ocorrência de irregularidades em licitações e contratações de obras públicas de que tivesse participado a Construtora Gautama Ltda. A realização dessa fiscalização foi determinada pelo Tribunal mediante o acórdão 1.287/2007-Plenário, deliberação proferida em sede de representação da lavra do então procurador-geral junto ao TCU Lucas Rocha Furtado tratada no TC 015.473/2007-2.

25. A representação foi formulada com base em documentação recebida da ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, consistente em diversos volumes de prova coligidos no âmbito do Inquérito 544-BA (“Operação Navalha”), instaurado e conduzido pelo Departamento de

Polícia Federal do Ministério da Justiça, em que foram constatados indícios de fraude em vários procedimentos licitatórios de que participara a referida empresa Gautama.

26. A embargante defendeu ter a decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado (inquérito 3.732/DF, em 8/3/2016) declarado a nulidade das interceptações telefônicas realizadas no âmbito da “Operação Navalha”, porque realizadas por juiz incompetente, invalidando todas as provas dali decorrentes e acarretando ilicitude insanável na origem do presente processo.

27. Nesse ponto, acolho o sempre balizado pronunciamento do MPTCU, do qual extraio o seguinte trecho do citado parecer, que bem resume o tratamento da matéria, *in verbis*:

“Assevero, logo de início, que, com efeito, a presente apuração de fraude contra a Concorrência 01/2000/CEL/SAA-DF foi desencadeada a partir de elementos emprestados do Inquérito 544-BA (‘Operação Navalha’), instaurado pelo DPF/MJ. No entanto, as informações policiais trazidas a estes autos só serviram mesmo a esse impulso inicial, uma vez que a comprovação do cometimento de fraude contra aquele certame licitatório deu-se com base em elementos levantados pelo próprio TCU, no exercício de sua competência, disposta no artigo 71, inciso VI, da Constituição: ‘fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município’.

Ressalte-se que o próprio Supremo Tribunal Federal vem decidindo que a teoria dos frutos da árvore envenenada há de ser devidamente interpretada e empregada, de modo a evitar que o seu uso indiscriminado favoreça a impunidade. Nesse sentido, o STF tem defendido o entendimento de que, em se tratando de provas autônomas e legítimas, não derivadas da prova ilícita, não há que se falar em prejuízo ao processo e ao julgamento decorrente das provas autônomas e lícitas. Assim decidiu o STF, por exemplo, no julgamento havido em sede da reclamação 12.484/DF (relator: Ministro Dias Toffoli; data do julgamento: 29/4/2014; órgão julgador: Primeira Turma).”

28. Para reforçar esse entendimento, relembro que, no voto condutor da decisão ora guerreada, afirmei que este Tribunal formou seu convencimento, autonomamente e baseado em provas obtidas no exercício de sua missão constitucional de fiscalização de atos e contratos, nos seguintes termos:

“(…)

26. Todavia, este Tribunal não restringiu sua análise à documentação encaminhada. Coligiu provas e examinou documentos obtidos no exercício de sua missão constitucional de fiscalização de atos e contratos e na busca da verdade material, para, então, formar seu juízo acerca das irregularidades praticadas em conluio pelas três empresas ora recorrentes e decidir pela aplicação da pena de inidoneidade.”

29. Conclui-se, então, que a documentação remetida a este Tribunal pela ministra Eliana Calmon, do STJ, constituiu, por assim dizer, a notícia inicial, e a comprovação da fraude foi caracterizada com elementos e análises implementados por esta Corte de Contas.

30. Por derradeiro, a embargante apresentou memorial que abordou questão já tratada anteriormente sobre a nulidade das interceptações telefônicas declarada pelo STF.

31. Defendeu, ainda, que ocorreu prescrição da pretensão punitiva do TCU com fundamento no § 2º do art. 1º da Lei 9.873/1999, conforme decisão do STF no MS. 32.201, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso.

32. Primeiramente, a referida decisão indeferiu a ordem e julgou prejudicada a liminar concedida no MS. 32.201, impetrado contra multa aplicada por esta Casa.

33. Em segundo lugar, o citado ministro examinou o caso e reconheceu que não ocorrera a prescrição. Contudo, todo o exame balizou-se na Lei 9.873/1999, tendo registrado em seu voto que: “para a análise do primeiro argumento, é preciso antes determinar qual o prazo prescricional para que o TCU exerça sua competência sancionadora. A matéria ainda não foi examinada especificamente pelo Supremo Tribunal Federal”.

34. Apesar do respeito à posição do magistrado exarada na primeira turma, a decisão não representa o posicionamento definitivo do STF sobre a matéria.

35. Além disso, este Tribunal já reconheceu a não aplicação da prescrição da pretensão punitiva disciplinada pela Lei 9.873/1999, tendo prevalecido sobre a matéria o regramento do art. 205 do Código Civil, conforme amplamente debatido quando da prolação do acórdão 1.441/2016-Plenário.



36. Por derradeiro, não é demais relembrar as seguintes irregularidades imputadas à Construtora Artec S/A, objeto de oitiva:

- a) subcontratação de uma mesma empresa para elaboração de proposta de preços para as empresas licitantes;
- b) formalização de termo de intenção de subcontratação, a qual seria concretizada após o resultado final da licitação;
- c) existência de expressivo diferencial de preço para o item “Serviços Técnicos”, em favor da empresa Gautama, sendo que esse serviço contempla exatamente a atividade desempenhada pela empresa subcontratada;
- d) inclusão de item de serviços não contemplado pela planilha orçamentária base da licitação, por todas as licitantes, com exatamente as mesmas descrições, inclusive para os subitens, e exatamente os mesmos quantitativos e preços unitários e total;
- e) identificação de dezenas de coincidências exatas em erros de grafia nas propostas orçamentárias apresentadas pelas empresas Gautama e Artec;
- f) menção a possível “esquema de subcontratação” utilizado em outra licitação em que a Gautama se sagrou vencedora, no estado do Piauí, sob a condução da Cepisa, cujo objeto consistiu na execução das obras do programa “Luz Para Todos”, conforme informação extraída de degravação de escutas telefônicas obtidas pela Polícia Federal, no âmbito da “Operação Navalha”; e
- g) indícios de confecção do edital de licitação por dirigentes da própria empresa vencedora do certame – Gautama Ltda. – com posterior envio ao órgão licitante, para publicação, conforme informações também obtidas a partir da degravação das escutas telefônicas mencionadas no item anterior.

Assim, devem ser negados os embargos de declaração opostos pela Construtora Artec S/A, razão pela qual VOTO por que o Tribunal adote a minuta de acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2307/2018 – TCU – Plenário

- 1. Processo TC 015.601/2009-0
- 2. Grupo II – Classe I – Embargos de Declaração.
- 3. Recorrente: Construtora Artec S/A (CNPJ 00.086.165/0001-28).
- 4. Unidade: Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Distrito Federal (atual Secretaria de Agricultura, Abastecimento e Desenvolvimento Rural do Distrito Federal).
- 5. Relatora: ministra Ana Arraes.
- 5.1. Relatora da deliberação recorrida: ministra Ana Arraes.
- 6. Representante do Ministério Público: subprocurador-geral Lucas Rocha Furtado.
- 7. Unidade Técnica: não atuou.
- 8. Representação legal: Henrique Neves da Silva (OAB/DF 7.505) e outros representando a Construtora Artec S/A; Marcus Vinícius Labre Lemos de Freitas (OAB/GO 14.282) e outros representando a ACJ - Construções e Incorporações S/A; Normando Augusto Cavalcanti Júnior (OAB/DF 13.454) e outros representando a Fahma Planejamento e Engenharia Ltda.; Tiago Camargo Thomé Maya Monteiro (OAB/DF 20.660) representando a Construtora Gautama Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos os embargos de declaração opostos pela Construtora Artec S/A contra o acórdão 2.851/2016 - Plenário.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, em:

- 9.1. conhecer dos embargos de declaração e negar-lhes provimento;



9.2. dar ciência desta deliberação à embargante, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - SLTI/MPDG e ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2307-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes (Relatora) e Bruno Dantas.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.

13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 031.461/2018-2

Natureza(s): Representação

Órgão/Entidade: Senai/MT

Interessado: Jaime Trentin (496.411.071-00)

Representação legal: não há

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO SOBRE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE MÓVEIS PELO SENAI/MT. PREGÃO PRESENCIAL. INDÍCIOS DE QUE SE TRATA DE EMPRESA DE FACHADA, LIGADA AO PRESIDENTE DA ENTIDADE. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR E OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a bem-lançada instrução a cargo da Secretaria de Controle Externo do Mato Grosso (Secex/MT):

“INTRODUÇÃO

1. *Cuidam os autos de denúncia a respeito de possíveis irregularidades em licitações realizadas pela Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso (Fiemt), Departamento Regional do Senai no estado de Mato Grosso (Senai-MT) e Departamento Regional do Sesi no estado de Mato Grosso (Sesi-MT), atinente à contratação de suposta empresa de fachada para possibilitar o fornecimento de materiais por empresa de propriedade do presidente da Fiemt a entidades integrantes dessa federação bem como à contratação direta de empresa de propriedade do presidente da Fiemt em violação ao art. 39 dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Senai-MT e do Sesi-MT.*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. *A denúncia preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação do denunciante (peça 1, p. 1-4) bem como encontrar-se acompanhada de indícios concernentes à irregularidade ou ilegalidade denunciada (peça 1, p. 5-123).*

3. *A denúncia foi encaminhada por cidadão que possui legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal, consoante disposto no art. 234 do RI/TCU. Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, in fine, da Resolução - TCU 259/2014, verifica-se a existência do*



interesse público no trato da suposta irregularidade/ilegalidade, pois apenas uma das licitações citadas envolve recursos da ordem de R\$ 15 milhões (peça 1, p. 2, 8 e 10).

4. Dessa forma, a denúncia poderá ser apurada em caráter sigiloso, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 55 da Lei 8.443/1992, Lei Orgânica do TCU, e arts. 234, § 2º, e 236 do Regimento Interno do TCU.

EXAME TÉCNICO

Resumo das alegações e informações fornecidas

5. Antes de mais nada, as informações relatadas nesta seção se referem às alegações feitas pelo denunciante e não refletem, necessariamente, as conclusões das análises feitas nesta instrução a serem apresentadas na seção seguinte. Isto posto, passa-se ao relato.

6. Segundo o denunciante, a empresa Milanflex Indústria e Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda. (CNPJ 86.729.324/0002-61), que possui como sócio-administrador o Sr. Jandir José Milan (CPF 344.840.941-34), presidente da Fiemt, teria sido contratada por essa federação para a venda de artigos mobiliários ao Senai-MT e Sesi-MT, utilizando como fachada a empresa Solução Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda. (CNPJ 09.634.971/0001-68), em total desrespeito ao art. 39 do Regulamento de Licitações e Contratos (RLC) dessas entidades (peça 1, p. 1).

7. As notícias veiculadas na imprensa apontavam que desde 2012 a Solução Comércio de Móveis e Equipamentos teria vendido mais de R\$ 30 milhões às entidades da Fiemt, transação esta que nada teria de estranho se não fosse o fato de a referida empresa pertencer ao Sr. Diniz Fernando Pereira (CPF 518.893.748-49), ex-funcionário de confiança do Sr. Jandir José Milan (peça 1, p. 2).

8. O art. 39 dos RLCs do Senai-MT e Sesi-MT, dispositivo legal idêntico a regulamentos de outras entidades do Sistema S, veda categoricamente a participação e até mesmo a contratação de empresas vinculadas direta ou indiretamente a dirigente ou empregado de tais entidades. Conforme entendimento do denunciante, não restariam dúvidas de que esses agentes poderiam facilmente ser beneficiados com informações privilegiadas, acarretando a frustração dos princípios da impessoalidade, moralidade, isonomia e competitividade (peça 1, p. 2-3).

9. A vedação estender-se-ia, também, às empresas cujos sócios fossem servidores da entidade contratante, conforme novamente pondera Marçal Justen Filho (peça 1, p. 3):

Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativas. A caracterização de participação indireta contida no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.

10. Ainda segundo a denúncia, e considerando as reportagens veiculadas na imprensa e na documentação anexa, não restariam dúvidas de que haveria fortes indícios de que o presidente da Fiemt estaria se utilizando de empresa de fachada com a finalidade de burlar os referidos RLCs. Não importa se o Sr. Diniz Fernando Pereira tenha sido ou não empregado de uma das empresas vinculadas ao Sr. Jandir José Milan ou mesmo comercializado produtos não relacionados à Milanflex (peça 1, p. 3).

11. O ponto é que, caso de fato o Sr. Diniz Fernando Pereira fosse puramente um representante e revendedor autônomo e independente da Milanflex e do próprio Sr. Jandir José Milan, certamente não haveria razões para ele representar essa empresa em licitações públicas não realizadas ao Fiemt como comprova o Documento 7 em anexo a esta denúncia (peça 1, p. 3).

12. As reportagens apontam outros indícios de irregularidades. A empresa Ábaco Tecnologia da Informação Ltda. (CNPJ 37.432.689/0001-33) foi, segundo reportagens, contratada pela Fiemt para a criação do portal da transparência dessa entidade. No entanto, embora já tenham sido pagos, esses serviços não foram entregues, uma vez que não há portal da transparência da Fiemt e, sim, do Senai-MT e Sesi-MT (Doc. 4) (peça 1, p. 4).

13. Com base nas informações acima, e considerando que a legislação pátria e que as práticas

acima relatadas são proibidas por todos os órgãos fiscalizadores, solicita-se que o TCU adote medidas urgentes para investigar por completo a denúncia ora relatada e, se necessário (peça 1, p. 4):

a. conforme o caso, implante medidas visando a suspensão de todo e qualquer ordem de fornecimento ou contrato de prestação de serviços pertinentes às empresas Milanflex Indústria e Solução Comércio e Ábaco Tecnologia; e

b. se possível, adote medidas visando o afastamento do atual presidente da Fiemt, Sr. Jandir José Milan, por descumprir os RLCs do Senai-MT e Sesi-MT e, ainda o estatuto social dessa federação, que impõe ao gestor uma atuação dentro da legalidade, ética e moralidade.

14. Por fim, solicita-se que a investigação ora pleiteada seja estendida a toda a diretoria da Fiemt, Senai-MT e Sesi-MT, a fim de verificar se houve participação direta ou indireta, mesmo por omissão dolosa, de outros dirigentes quanto aos fatos ora denunciados, incluindo empregados responsáveis pelos processos licitatórios (peça 1, p. 4).

Análise

15. Ao se analisar os pedidos listados no parágrafo 12, constata-se que a denúncia não solicitou, ao menos de forma expressa, a adoção de medidas de natureza cautelar. No entanto, como se verá a seguir, as informações e documentos juntados aos autos já demonstram a necessidade de uma atuação preventiva e célere por parte desta Corte de Contas.

16. Consoante o art. 276 do RI-TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os requisitos da verossimilhança do direito e do perigo da demora e ausente o perigo da demora reverso.

Verossimilhança do direito

17. O art. 39 dos RLCs do Senai-MT e Sesi-MT de fato veda a participação de dirigente ou empregado nos certames realizados por essas entidades (peças 2 e 3). Como bem observado na denúncia, a doutrina de Marçal Justen Filho preconiza que tal vedação (também prevista no art. 9º, caput e § 3º da Lei 8666/1993,) deve estender-se às empresas cujos sócios, administradores, empregados e controladores sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes.

18. No voto do Acórdão 1.924/2013-TCU-Plenário, o Ministro Augusto Sherman considerou que os argumentos oferecidos não afastavam a irregularidade atinente à participação indireta do autor do projeto básico. Para ele, o caso revelou burla à vedação legal consistente “em se convidar empresa da qual o autor do projeto básico não era sócio, mas cujos sócios eram associados ao autor do projeto em duas outras empresas”. Em sua avaliação, “a ligação comercial entre o autor do projeto básico e os sócios da empresa vencedora do certame pode ter-lhes dado vantagens indevidas”.

19. Em 24/9/2018, o portal da Fiemt indicava o Sr. Jandir José Milan como presidente dessa federação desde 2012 (peça 6). Nos dados da Receita Federal disponíveis no e-TCU, ele também consta como um dos sócios-administradores da Milanflex, sociedade empresária atuante na área de fabricação de móveis, capital social de R\$ 3,3 milhões, diversos empregados registrados e aberta em 18/2/2000. O Sr. Diniz Fernando Pereira consta como um dos sócios-administradores da Solução Comércio, microempresa atuante na área de comércio atacadista de móveis e artigos de colchoaria, capital social de R\$ 50 mil, nenhum empregado registrado e aberta em 17/6/2008 (peça 5, p. 1-2).

20. Com efeito, em anexo à denúncia se encontram diversas notícias da mídia do estado de Mato Grosso a respeito do suposto esquema perpetrado por meio das empresas Milanflex e Solução Comércio (peça 1, p. 8-24). Constam também as atas dos Pregões Presenciais 30/Senai/2016 e 12/Senai/2018, para a aquisição de artigos mobiliários, registrando a adjudicação de lotes nos valores de R\$ 2,39 milhões e R\$ 13.2 milhões em favor da Solução Comércio (peça 1, p. 89 e 93).

21. Com base em consulta ao DGI, constata-se que, em 2006, o Sr. Diniz Fernando Pereira já era sócio-gerente da Milan Corretora de Seguros e Propaganda Ltda. (CNPJ 33.072.893/0001-30), empresa que também ostentava como sócio-administrador o Sr. Jandir José Milan, lembrando que a



Solução Comércio foi fundada em 17/6/2008 (peça 5, p. 2). Para sustentar a relação profissional entre esses agentes, o denunciante apresentou ata do Pregão Presencial 10/2018, da Assembleia Legislativa do estado de Mato Grosso, indicando o Sr. Diniz Fernando Pereira como representante da MilanFlex (peça 1, p. 25-26).

22. O Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica aponta como telefone da Solução Comércio o (65) 3317-2120 (peça 1 p. 6). Em 19/9/2018, a secretária atendeu esse número dizendo “MilanFlex”. A pesquisa com os termos “Solução Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda. Cuiabá” em buscadores da internet não identifica nenhum portal eletrônico da Solução Comércio, mas um dos primeiros links encontrados é justamente o da Milanflex. Vale anotar que, com os termos “móveis em Cuiabá”, os quarenta primeiros sites listados nem sequer aludem a essa empresa.

23. Nos dados da Receita Federal, o Sr. Jandir José Milan consta como um dos sócios-administradores da Ábaco Tecnologia da Informação Ltda., sociedade empresária atuante na área de desenvolvimento e licenciamento de programas de computador customizáveis, capital social de R\$ 3,7 milhões, diversos empregados registrados e aberta em 20/7/1992 (peça 5, p. 3). Uma das notícias encaminhadas com a denúncia mostra o Contrato 7/2017 firmado entre a Fiemt e a referida empresa (peça 1, p. 14), que também está registrada no portal de fornecedores da federação (peça 6, p. 3).

24. Diante das considerações dos parágrafos anteriores, vislumbra-se presentes fortes evidências da verossimilhança das alegações feitas nesta denúncia, primeiro requisito para a adoção de medida cautelar pelo TCU.

Perigo na demora

25. Embora a denúncia tenha feito referência a inúmeras licitações das entidades integrantes da Fiemt vencidas pela Solução Comércio, a análise deste tópico se focará nos dados sobre o Pregão Presencial Senai 12/2018, estimado em R\$ 15,8 milhões, vale dizer, o de maior materialidade citado na denúncia (peça 1, p. 10). A ata desse certame, de 22/5/2018, registra que a Solução Comércio venceu o Lote 1 com proposta de R\$ 13,2 milhões (peça 1, p. 93).

26. A denúncia, datada de 31/7/2018, encaminhou notícia de 31/7/2018 informando que pregão presencial, de 22/5/2018 (sem especificar qual), estava suspenso para análise técnica de três lotes (peça 1, p. 9). Em 20/9/2018, o Setor de Aquisições e Contratos da Fiemt (65-3611-1652) confirmou que o processo referente ao Pregão Presencial Senai 12/2018 ainda estava suspenso e nenhum contrato havia sido firmado.

27. Dessa forma, verifica-se que os contratos decorrentes do referido certame podem vir a ser firmados a qualquer momento. A entrega dos móveis e a emissão das ordens de pagamento produzirá efeitos jurídicos e financeiros de difícil reparação, o que caracteriza o perigo da demora, segundo requisito para a adoção de medidas cautelares por esta Corte de Contas.

28. Por outro lado, não se vislumbra o perigo da demora reverso uma vez que, no processo referente ao Pregão Presencial Senai 12/2018, a Solução Comércio ainda não firmou contrato, e mesmo se o tivesse feito, na posição de empresa de fachada, não poderia demandar, administrativa ou judicialmente, indenização por eventuais danos sofridos em decorrência de medida cautelar adotada pelo Tribunal.

CONCLUSÃO

29. O exame técnico acima revelou evidências da contratação de empresa de fachada para possibilitar o fornecimento de materiais pela Milanflex, sociedade empresária de propriedade do atual presidente da Fiemt, Sr. Jandir José Milan, a entidades integrantes dessa federação. Também existem fortes indícios de que a Ábaco Tecnologia da Informação Ltda., que possui como sócio-administrador o Sr. Jandir José Milan, prestara serviços à Fiemt, o que viola a norma expressa no art. 39 dos RLCs Senai-MT e do Sesi-MT. Isso demonstra a verossimilhança das alegações feitas na denúncia.

30. A Solução Comércio, empresa usada como fachada, venceu os principais lotes do Pregão Presencial Senai 12/2018, estimada em R\$ 15,8 milhões. Embora o processo desse certame esteja suspenso, os contratos podem vir a ser firmados a qualquer momento, produzindo efeitos de difícil

reparação, o que caracteriza o perigo da demora. Por outro lado, não se vislumbra o perigo da demora reverso uma vez que ainda não houve a assinatura de contrato, e mesmo se houvesse, a Solução Comércio, na posição de empresa de fachada, não poderia demandar indenização por eventuais danos sofridos em decorrência de medida cautelar adotada pelo TCU.

31. Diante disso, e embora não tenha sido solicitado de forma explícita na denúncia, propõe-se adotar medida cautelar, tendo em vista a possibilidade de vir a ocorrer a contratação da empresa Solução Comércio, a entrega dos artigos mobiliários e a emissão de ordens bancárias. Para melhor análise do mérito desta denúncia, faz-se ainda necessário expedir oitiva à Fiemt para que se pronuncie sobre as irregularidades apontadas na denúncia e diligência a essa federação para que apresente informações sobre as contratações das empresas Solução Comércio e Ábaco Tecnologia.

32. Por fim, cabe ainda comunicar ao denunciante a decisão que vier a ser adotada neste processo dar-lhe ciência de que, para ingressar no processo como interessado e, dessa forma, ter vista eletrônica ou receber cópia dos respectivos autos, deverá encaminhar requerimento ao Ministro Relator comprovando razão legítima para intervir nos autos ou possibilidade concreta de lesão a direito subjetivo em decorrência de eventual deliberação que venha a ser adotada pelo TCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

1. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do RI/TCU e art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014;

b) determinar cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, do RI/TCU, à Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso que suspenda a execução do Pregão Presencial Senai 12/2018 e todos os atos dele decorrentes;

c) determinar, nos termos do art. 276, § 3º, do RI/TCU, a oitiva da Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso para, no prazo de 15 dias, manifestar-se sobre os fatos apontados nesta representação relacionadas sobretudo à:

i. contratação da Solução Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda. como empresa de fachada para possibilitar o fornecimento de materiais pela Milanflex, sociedade empresária de propriedade do atual presidente da Fiemt, Sr. Jandir José Milan, a entidades integrantes dessa federação em violação ao art. 39 dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Senai-MT e Sesi-MT;

ii. contratação direta da empresa Ábaco Tecnologia da Informação Ltda., que possui como sócio-administrador o Sr. Jandir José Milan, em violação ao art. 39 dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Senai-MT e Sesi-MT.

d) realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU à Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso, para que, no prazo de 15 dias, sejam encaminhados a este Tribunal;

i. listagem de todas as contratações feitas, sejam por meio de procedimento licitatório ou contratações diretas, com as empresas Solução Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda. e Ábaco Tecnologia da Informação Ltda. nos últimos cinco anos, informando o número dos processos e, conforme o caso, das licitações, as datas de homologação, os valores contratados e pagos;

ii. os autos completos do Pregão Presencial Senai 12/2018 cujo objeto consiste no registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada no fornecimento de mobiliários para atender às unidades do Senai-MT;

iii. evidências de que o objeto do Contrato 7/2017 firmado com a Ábaco Tecnologia da Informação Ltda. tenha sido executado conforme os termos pactuados no referido ajuste.

e) comunicar ao denunciante a decisão que vier a ser adotada neste processo;

f) dar ciência ao denunciante de que, para ingressar no processo como interessado e, dessa forma, ter vista eletrônica ou receber cópia dos respectivos autos, deverá encaminhar requerimento ao Ministro Relator comprovando razão legítima para intervir nos autos ou possibilidade concreta de lesão a direito subjetivo em decorrência de eventual deliberação que venha a ser adotada pelo TCU.”

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de representação formulada pelo sócio-administrador da empresa Jaime Trentin & Cia. Ltda. sobre supostas irregularidades na contratação da empresa Solução Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda. por meio do Pregão Presencial 12/2018 (Registro de Preços) para fornecimento de mobiliário para atendimento a diversas unidades do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Regional no Estado de Mato Grosso (Senai/MT), no valor total de R\$ 15,8 milhões.

2. De acordo com o autor da representação, que fez juntar diversas matérias jornalísticas da imprensa local, tratar-se-ia de empresa de fachada, cujo administrador, sr. Diniz Fernando Pereira, atuaria na defesa dos interesses do sr. Jandir José Milan, Presidente da Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso (Fiemt) e do Senai/MT.

3. Ocorre que o sr. José Milan também é administrador da empresa Milanflex Indústria e Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda., o que impede o Senai/MT de realizar contratações com essa empresa.

4. À guisa de clareza, transcrevo o despacho por meio do qual deferi a medida cautelar proposta pela unidade técnica:

“Trata-se de documento encaminhado por empresário do setor moveleiro de Mato Grosso, no qual são narradas supostas irregularidades praticadas no âmbito da Federação das Indústrias de Mato Grosso (Fiemt) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial de Mato Grosso (Senai/MT), ambas entidades presididas pelo Sr. Jandir José Milan.

2. A despeito de ter sido utilizada a expressão ‘denúncia’, entendo tratar-se de representação, pois o autor da peça agiu na condição de licitante. Assim sendo, deverá o presente processo ser autuado como representação, sem necessidade de opor sigilo à peça 1.

3. O principal objeto da representação refere-se à suposta contratação irregular da empresa Solução Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda., decorrente do Pregão Presencial 12/2018 (valor global de R\$ 15,8 milhões) para aquisição de móveis para as unidades do Senai/MT.

4. De acordo com exordial, a licitante vencedora seria uma empresa de fachada representada por ex-empregado (Sr. Diniz Fernando Pereira) da empresa Milanflex Indústria e Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda., da qual o Presidente do Senai/MT era sócio administrador.

5. O autor da representação informou que o Sr. Diniz Fernando Pereira vem atuando como representante da Milanflex em certames outros que não os do sistema Fiemt (que abrange, além do Fiemt, o Senai/MT, o Sesi/MT e o Instituto Euvaldo Lodi - IEL). Para tanto, fez juntar o documento de fl. 25, peça 1, relativo a pregão presencial realizado pela Assembleia Legislativa de Mato Grosso.

6. Além disso, a própria Fiemt teria contratado a empresa Ábaco Tecnologia da Informação Ltda., também dirigida pelo Sr. Jandir José Milan, para o desenvolvimento do seu Portal da Transparência, o que ainda não teria sido concluído.

7. Concluiu sua peça com os seguintes pedidos:

a) suspensão de todo e qualquer ordem de fornecimento ou contrato de prestação de serviços pertinentes às empresas Milanflex, Solução e Ábaco;

b) o afastamento do Presidente da Fiemt, Sr. Jandir Milan, da atual gestão do Sistema Fiemt, por descumprir os regulamentos de licitações e contratos do Sesi e SENAI e o Estatuto Social da Fiemt, o qual importaria ao gestor a ‘atuação dentro da legalidade, com ética e moralidade’;

c) extensão da investigação a toda a Diretoria da Fiemt, Sesc/MT e Senai/MT.

8. A Secex/MT examinou detidamente a exordial e concluiu com a seguinte proposta de encaminhamento:

‘a) conhecer da presente denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do RI/TCU e art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014;

b) determinar cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, do RI/TCU, à Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso que suspenda a execução do Pregão Presencial Senai 12/2018 e



todos os atos dele decorrentes;

c) determinar, nos termos do art. 276, § 3º, do RI/TCU, a oitiva da Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso para, no prazo de 15 dias, manifestar-se sobre os fatos apontados nesta representação relacionadas sobretudo à:

i. contratação da Solução Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda. como empresa de fachada para possibilitar o fornecimento de materiais pela Milanflex, sociedade empresária de propriedade do atual presidente da Fiemt, Sr. Jandir José Milan, a entidades integrantes dessa federação em violação ao art. 39 dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Senai-MT e Sesi-MT;

ii. contratação direta da empresa Ábaco Tecnologia da Informação Ltda., que possui como sócio-administrador o Sr. Jandir José Milan, em violação ao art. 39 dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Senai-MT e Sesi-MT.

d) realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU à Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso, para que, no prazo de 15 dias, sejam encaminhados a este Tribunal;

i. listagem de todas as contratações feitas, sejam por meio de procedimento licitatório ou contratações direitas, com as empresas Solução Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda. e Ábaco Tecnologia da Informação Ltda. nos últimos cinco anos, informando o número dos processos e, conforme o caso, das licitações, as datas de homologação, os valores contratados e pagos;

ii. os autos completos do Pregão Presencial Senai 12/2018 cujo objeto consiste no registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada no fornecimento de mobiliários para atender às unidades do Senai-MT;

iii. evidências de que o objeto do Contrato 7/2017 firmado com a Ábaco Tecnologia da Informação Ltda. tenha sido executado conforme os termos pactuados no referido ajuste.

e) comunicar ao denunciante a decisão que vier a ser adotada neste processo;

f) dar ciência ao denunciante de que, para ingressar no processo como interessado e, dessa forma, ter vista eletrônica ou receber cópia dos respectivos autos, deverá encaminhar requerimento ao Ministro Relator comprovando razão legítima para intervir nos autos ou possibilidade concreta de lesão a direito subjetivo em decorrência de eventual deliberação que venha a ser adotada pelo TCU.'

9. As irregularidades denunciadas são graves e apontam para contratação irregular de empresa vinculada ao Presidente do Senai/MT e da Fiemt.

10. De fato, há outras contratações realizadas com a empresa Solução, tanto no âmbito do Senai/MT quanto do Sesi/MT, conforme pode-se verificar no sítio eletrônico do sistema Fiemt (<http://app.fiemt.com.br/sgc/faces/pub/sgc/regpreco/RegistroPrecoPageList.jsp>). Cito, por exemplo, a Ata 14/2017 e o Edital 3/2013, ambos do Sesi/MT.

11. Em que pese não ter sido apontado nenhum ato específico que tenha direcionado a contratação da empresa Solução – que, na verdade, estaria a atuar em nome da empresa Milanflex –, o fato é que as entidades do 'sistema S' não poderiam contratar com empresa vinculada a seus administradores.

*12. Assim sendo, conheço da presente representação com fundamento no art. 113 da Lei 8.666/1993 c/c art. 237 do Regimento Interno, e num juízo de cognição sumária, acolho a proposta de concessão de medida cautelar **inaudita altera pars** e determino a oitiva do Senai/MT e da empresa Solução Comércio de Móveis e Equipamentos Ltda., na forma do §3º do art. 276 do Regimento Interno.*

13. Igualmente, acolho as propostas de realização de diligência, sem embargo de acrescentar que, dados os elevados valores das aquisições de móveis, deverão o Senai/MT e o Sesi/MT ser instados, após a unidade técnica colacionar aos autos os elementos probatórios, a: i) justificar a aquisição objeto do Pregão Presencial 12/2018 e outras eventualmente realizadas (Ata 14/2017, Sesi/MT); ii) demonstrar a adequação dos preços dos contratos.

14. Para a instrução processual, deve ser solicitada cópia integral dos autos do processo administrativo relativo ao Pregão Presencial 12/2018, inclusive a pesquisa de preços utilizada como referência.



15. Por fim, para melhor organizar o feito, determino que seja criado processo apartado com vistas a tratar das contratações realizadas pela Fiemt, ao qual poderá ser juntada cópia da peça 1.”

5. Nesse contexto, submeto aos meus pares proposta no sentido de referendar a aludida cautelar suspensiva, diante da subsistência dos pressupostos para a concessão dessa medida de urgência, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU

Diante do exposto, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2308/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 031.461/2018-2.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII - Representação
3. Interessado: Jaime Trentin (496.411.071-00)
- 3.1. Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992)
- 3.2. Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).
4. Órgão/Entidade: não há.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado de Mato Grosso (SECEX-MT).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pelo sr. Jaime Trentin, administrador da empresa Jaime Trentin & Cia. Ltda. (CNPJ 08.914.393/0001-50), com fundamento no art. 113, § 1º da Lei 8.666/1993, noticiando possíveis irregularidades na contratação decorrente do Pregão Presencial 12/2018, promovido pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Departamento Regional no Estado de Mato Grosso (Senai/MT), para fornecimento de mobiliário no valor de até R\$ 15,8 milhões;

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

- 9.1. conhecer da presente representação, por atender aos requisitos legais e regimentais de admissibilidade;
- 9.2. referendar a cautelar suspensiva concedida por meio do despacho acostado à peça 10, com todas as demais decisões ali proferidas, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU; e
- 9.3. determinar que a unidade técnica dê prosseguimento ao presente feito, com a urgência que o caso requer.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2308-38/18-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.



GRUPO I – CLASSE II – Plenário

TC 016.032/2018-7

Natureza: Solicitação do Congresso Nacional

Órgão/Entidade: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA)

Interessado: Senado Federal (vinculador) (00.530.279/0001-15)

Representação legal: não há

SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO DE TRANSPARÊNCIA, GOVERNANÇA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE E DEFESA DO CONSUMIDOR DO SENADO FEDERAL. REQUERIMENTO DE CÓPIAS DE TRABALHOS REALIZADOS ENVOLVENDO CONCESSÃO FERROVIÁRIA DA EMPRESA VALE S/A. ENVIO DE RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO DE OUTRA CONCESSÃO COM A CONCORDÂNCIA DO PARLAMENTAR AUTOR DO REQUERIMENTO. ATENDIMENTO. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Por registrar as principais ocorrências havidas no andamento do processo até o momento, resumindo os fundamentos das peças acostadas aos autos, adoto como relatório, com os ajustes necessários, a instrução da secretaria responsável pela análise da demanda (peça 8), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peças 9-10):

“Cuidam os autos de Solicitação do Congresso Nacional (SCN) apresentada por meio do Ofício 24/2018 (peça 1), de 23/5/2018, pelo Senador Ataídes Oliveira, na qualidade de Presidente da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal (CTFC). Junto a esse expediente, encontra-se o Requerimento 17/2018 (peça 1, p. 2), assinado pelo Senador Pedro Chaves, aprovado pela CTFC, que solicita remeter cópia dos resultados de fiscalizações realizadas em contratos de concessões de ferrovias concedidas à empresa Vale S.A. e suas coligadas à referida Comissão.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. Registra-se que os arts. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 215/2008, e 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU, conferem legitimidade ao Presidente de comissão parlamentar, quando por ela aprovada, para solicitar informações.

3. Assim, uma vez que o Requerimento 17/2018 foi aprovado pela comissão instituída no Senado Federal, verifica-se que a autoridade solicitante é legítima e, portanto, cabe o conhecimento do expediente como Solicitação do Congresso Nacional (SCN).

4. Cumpre registrar que o mérito dessa SCN se relaciona com a concessão do serviço de transporte ferroviário de cargas nas malhas concedidas à empresa Vale S.A. e suas coligadas, os quais estão no rol de competência desta Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).

EXAME TÉCNICO

5. Inicialmente, importante registrar que este Tribunal autuou o processo TC 027.963/2018-7 com o objetivo de acompanhar os atos referentes à prorrogação antecipada dos contratos de concessão de ferrovias que se encontram sob a gestão da Vale S.A. ou suas coligadas. Entretanto, a equipe técnica do Tribunal ainda não realizou nenhuma análise porque, até o momento, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) não concluiu os estudos técnicos previstos no art. 8º da Lei 13.448/2017 que estão sendo submetidos ao controle social, etapa prévia ao envio da documentação ao Tribunal, conforme prevê o art. 11 da Lei 13.448/2017.

6. A propósito, vale registrar o recebimento do Ofício GSPCHAV 57 (peça 7), de 22/5/2018, em que o Senador Pedro Chaves, após alegar condições precárias de operação e administração das ferrovias sob concessão da Vale S.A., requereu a imediata suspensão do andamento do procedimento administrativo de renovação das concessões outorgadas à Vale S.A e suas coligadas, de modo a oportunizar a adequada análise do pleito de renovação que indique a existência de efetiva vantagem em prol da renovação.

7. Adiciona-se ter ocorrido, em 12/6/2018, reunião com o Senador Pedro Chaves (Ata da Reunião na peça 6) a fim de exposição sobre a atuação nos processos de prorrogação antecipada dos contratos de concessões ferroviárias; relato da situação atual dos pedidos de prorrogação antecipada das concessões



ferroviárias da Vale S.A.; e discussão sobre o encaminhamento dos documentos enviados ao TCU pelo Senador Pedro Chaves e pela CTFC.

8. Na referida reunião, ficou acordado que, no âmbito do presente processo, a SeinfraPortoFerrovia proporia ao Ministro Relator:

a) o encaminhamento à Comissão, bem como ao Gabinete do Senador Pedro Chaves, todas as apreciações do TCU sobre o processo que trata da prorrogação antecipada da concessionária RUMO S.A. - Malha Paulista e das apreciações decorrentes de um eventual processo de prorrogação antecipada das ferrovias concedidas à Vale S.A. (Estrada de Ferro Carajás e Estrada de Ferro Vitória-Minas); e

b) notificação pessoal do Senador Pedro Chaves e de seu gabinete, caso viesse a ocorrer o recebimento dos estudos relacionados às prorrogações antecipadas das ferrovias da Vale S.A. (Estrada de Ferro Carajás e Estrada de Ferro Vitória-Minas).

9. Sobre a alínea 'a', cabe informar ao Senador que existe um Relatório de Acompanhamento (TC 009.032/2016-9) confeccionado pela equipe técnica do TCU tendo por objeto a prorrogação antecipada da concessionária RUMO S.A. - Malha Paulista, o qual foi concluído, mas resta pendente de julgamento. Em resumo, até o momento não houve qualquer julgamento a respeito da prorrogação antecipada da malha paulista da concessionária RUMO S.A. ou das ferrovias concedidas à Vale S.A.

10. Assim, julga-se pertinente propor o envio de cópia do Relatório de Acompanhamento realizado, peça 81 do TC 009.032/2016-9, informando do feito ao Relator da referida fiscalização, Exmo. Sr. Ministro Augusto Nardes, conforme prevê Resolução TCU 215/2008.

11. Ademais, no que tange à alínea 'b', impende informar à Comissão que, segundo cronograma disponibilizado pela Presidência da República (peça 5), prevê-se o envio ao TCU dos estudos técnicos para análise da prorrogação antecipada da Estrada de Ferro Carajás (EFC) e Estrada de Ferro Vitória-Minas (EFVM) para o mês de setembro de 2018, após a consolidação das contribuições e Audiências Públicas previstas para os dias 10, 12 e 14 de setembro (conforme Eventos da ANTT, no site: <http://www.antt.gov.br/institucional/eventos/index.html>, acessado em 4/9/2018).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. Ante o exposto, com fulcro no art. 17, inciso II da Resolução-TCU 215, de 20 de agosto de 2008, e em atendimento ao Requerimento 17 - CTFC, de 23/5/2018, submete-se a presente à consideração superior propondo:

12.1. conhecer da presente Solicitação do Congresso Nacional (SCN), satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 38, inciso I, da Lei 8.443/1992, 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU e 4º, inciso I, alínea b, da Resolução-TCU 215/2008;

12.2. nos termos do art. 13, *caput*, da Resolução-TCU 215/2008:

I) informar ao Exmo. Sr. Ministro Augusto Nardes, Relator do TC 009.032/2016-9, que:

a) por meio do Requerimento 17/2018, assinado pelo Senador Pedro Chaves, apresentado pelo Ofício 24/2018, de 23/5/2018, o Senador Ataídes Oliveira, na qualidade de Presidente da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal (CTFC), solicita remeter à referida Comissão cópia dos resultados de fiscalizações realizadas em contratos de concessões de ferrovias concedidas à empresa Vale S.A e suas coligadas;

b) considerando a existência do Relatório de Acompanhamento (peça 81 do TC 009.032/2016-9) confeccionado pela equipe técnica do SeinfraPortoFerrovia, tendo por objeto a prorrogação antecipada da concessionária RUMO S.A. - Malha Paulista; a pertinência e transversalidade dos temas tratados neste Relatório, cujas análises servirão de subsídio para as próximas fiscalizações no que tange às demais prorrogações antecipadas pretendidas pelo Governo Federal no âmbito ferroviário; mostra-se importante enviar à Comissão cópia do referido Relatório;

II) solicitar ao Exmo. Sr. Ministro Augusto Nardes cópia do Relatório de Acompanhamento realizado no âmbito do TC 009.032/2016-9 (peça 81), a respeito da prorrogação antecipada do contrato de concessão da malha paulista, atualmente concedida à Rumo S.A, para que seja juntada aos autos do presente processo de Solicitação do Congresso Nacional (SCN).

12.3. enviar cópia do referido Relatório de Acompanhamento (peça 81 do TC 009.032/2016-9) ao Presidente da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal (CTFC), bem assim da peça 5 do presente processo, informando ainda que:

I) não houve, até o presente momento, qualquer apreciação conclusiva do TCU a respeito da prorrogação antecipada da malha paulista concedida à concessionária RUMO S.A. ou das ferrovias concedidas à Vale S.A



ou suas coligadas;

II) segundo cronograma disponibilizado pela Secretaria do Programa de Parcerias de Investimento vinculada à Presidência da República (SPPI/PR), prevê-se o envio ao TCU dos estudos técnicos para análise da prorrogação antecipada da Estrada de Ferro Carajás (EFC) e Estrada de Ferro Vitória-Minas (EFVM) para o mês de setembro de 2018. Quando entregues ao Tribunal, os estudos serão analisados no âmbito do TC 027.963/2018-7;

III) houve uma fiscalização realizada no que tange à prorrogação antecipada da concessionária RUMO S.A. - Malha Paulista, ainda pendente de julgamento, cujas temáticas tratadas são transversais a todos os processos futuros de prorrogação antecipada. Assim, encaminha-se cópia do relatório de Acompanhamento a ser julgado (TC 009.032/2016-9, peça 81);

IV) por último, observa-se que, conforme o cronograma da SPPI/PR, os estudos da prorrogação antecipada da concessionária RUMO S.A. - Malha Paulista estavam previstos para chegar ao TCU até o final de agosto e, tão logo sejam encaminhados, serão analisados no âmbito do TC 009.032/2016-9.

12.4. nos termos do art. 18, parágrafo único, da Resolução-TCU 215/2008, considerar a presente Solicitação do Congresso Nacional plenamente atendida;

12.5. arquivar os autos.”

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Solicitação do Congresso Nacional, encaminhada a esta Corte nos termos do Ofício 24/2018/CTFC, de 23/5/2018, do Senador Ataídes Oliveira, presidente da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal, por meio do qual encaminha o Requerimento 17/2018-CTFC, de autoria do Senador Pedro Chaves, no qual requisita “as cópias dos resultados de fiscalizações realizadas no âmbito do Relatório de Acompanhamento (Racom/TCU) em face dos contratos de concessões de ferrovias detidos pela Vale S/A e suas coligadas”.

2. Em seu exame técnico, a unidade instrutora registrou que já foi autuado nesta Corte o processo 027.963/2018-7, com o objetivo de acompanhar os atos referentes à prorrogação antecipada dos contratos de concessão de ferrovias que se encontram sob a gestão da Vale S/A ou suas coligadas. Contudo, ressalta que, até o momento, não foi feita nenhuma análise no referido processo, porque a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT não concluiu os estudos técnicos de que tratam o art. 8º da Lei 13.448/2017.

3. Consignou, também, a SeinfraPortoFerrovia que se reuniu, em 26/8/2018, com o Senador Pedro Chaves e membros do gabinete do parlamentar para tratar dos assuntos afetos à solicitação em foco. Informou que, ao fim da reunião, ficou acordado que seria proposto, nestes autos, o encaminhamento, à comissão solicitante e ao senador, de todas as apreciações deste Tribunal sobre a prorrogação antecipada da concessionária RUMO S/A – Malha Paulista, bem como da concessionária Vale S/A.. Além disso, a unidade proporia a notificação pessoal do senador assim que fossem enviados os estudos relativos às prorrogações antecipadas das ferrovias da Vale S/A. a este Tribunal.

4. Sobre a prorrogação do contrato firmado com a RUMO S.A., a unidade instrutora registrou que existe um Relatório de Acompanhamento pendente de apreciação pelo Tribunal (TC 009.032/2016-9), cujas análises servirão de subsídio para as próximas fiscalizações no que tange às demais prorrogações antecipadas pretendidas pelo Governo Federal no âmbito ferroviário.

5. Diante do exposto, a secretaria especializada propôs conhecer da solicitação, enviar cópia do citado relatório de acompanhamento à Comissão solicitante e ao autor do requerimento e prestar-lhes as seguintes informações:

“I) não houve, até o presente momento, qualquer apreciação conclusiva do TCU a respeito da prorrogação antecipada da malha paulista concedida à concessionária RUMO S.A. ou das ferrovias concedidas à Vale S.A. ou suas coligadas;



II) segundo cronograma disponibilizado pela Secretaria do Programa de Parcerias de Investimento vinculada à Presidência da República (SPPI/PR), prevê-se o envio ao TCU dos estudos técnicos para análise da prorrogação antecipada da Estrada de Ferro Carajás (EFC) e Estrada de Ferro Vitória-Minas (EFVM) para o mês de setembro de 2018. Quando entregues ao Tribunal, os estudos serão analisados no âmbito do TC 027.963/2018-7;

III) houve uma fiscalização realizada no que tange à prorrogação antecipada da concessionária RUMO S.A. - Malha Paulista, ainda pendente de julgamento, cujas temáticas tratadas são transversais a todos os processos futuros de prorrogação antecipada. Assim, encaminha-se cópia do relatório de Acompanhamento a ser julgado (TC 009.032/2016-9, peça 81);

IV) por último, observa-se que, conforme o cronograma da SPPI/PR, os estudos da prorrogação antecipada da concessionária RUMO S.A. - Malha Paulista estavam previstos para chegar ao TCU até o final de agosto e, tão logo sejam encaminhados, serão analisados no âmbito do TC 009.032/2016-9.”

6. Por derradeiro, a SeinfraPortoFerrovia propôs que a presente solicitação fosse considerada integralmente atendida e que estes autos fossem arquivados.

7. Inicialmente, entendo que esta solicitação deve ser conhecida, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU e 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução - TCU 215/2008.

8. Verifico que este Tribunal não dispõe da informação requerida, pois depende de informações e estudos que ainda estão sendo elaborados no âmbito do poder concedente. No particular, registro que a SeinfraPortoFerrovia recebeu novo cronograma da Secretaria do PPI, datado de 28/9/2018, que dá conta de que os estudos da RUMO S.A. – Malha Paulista serão entregues a este Tribunal neste mês de outubro e os relativos às ferrovias sob gestão da Vale S.A. no mês de novembro.

9. Por outro lado, existe um trabalho de fiscalização realizado, na modalidade de acompanhamento, relativamente à prorrogação antecipada da RUMO S.A. – Malha Paulista, cuja pertinência e transversalidade dos assuntos nele tratados, tem potencial de subsidiar os demais trabalhos a serem realizados por este Tribunal sobre o tema (TC 009.032/2016-9). Assim, o envio de cópia de tal trabalho mostra-se pertinente à solicitação, conforme foi consignado na ata da aludida reunião. Por essa razão, necessário se faz informar ao relator do mencionado processo sobre a solicitação e solicitar cópia do Relatório de Acompanhamento para remessa à comissão, nos termos da letra do art. 13 da Resolução TCU 215/2008.

10. Dessa forma, considerando o que foi acordado diretamente pela secretaria especializada com o Senador Pedro Chaves e tendo em conta a natureza de solicitação de informação dos presentes autos, manifesto concordância com a proposta da unidade instrutora, com os ajustes que entendo necessários.

Ante o exposto, voto no sentido de que seja aprovado o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2309/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 016.032/2018-7.
2. Grupo I – Classe de Assunto: II -Solicitação do Congresso Nacional.
3. Interessados: Senado Federal (vinculador) (00.530.279/0001-15).
4. Órgão/Entidade: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA).
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação do Congresso Nacional, enviada a esta



Corte nos termos do Ofício 24/2018/CTFC, de 23/5/2018, do Senador Ataídes Oliveira, presidente da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal, por meio do qual encaminha o Requerimento 17/2018-CTFC, de autoria do Senador Pedro Chaves, no qual requisita “as cópias dos resultados de fiscalizações realizadas no âmbito do Relatório de Acompanhamento (Racom/TCU) em face dos contratos de concessões de ferrovias detidos pela Vale S/A e suas coligadas”.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária Extraordinária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Solicitação do Congresso Nacional, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU c/c os artigos 3º, inciso II, e 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução TCU 215/2008;

9.2. informar ao presidente da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal, com fundamento no art. 17 da Resolução TCU 215/2008 e em resposta ao Ofício 24/2018 que :

9.2.1. não houve, até o momento, qualquer apreciação de mérito do TCU a respeito da prorrogação antecipada dos contratos das ferrovias concedidas à Vale S.A., porque os estudos de que trata a Lei 13.448/2017, em fase de finalização no âmbito do poder concedente, ainda não foram remetidos ao Tribunal;

9.2.2. segundo o cronograma disponibilizado pela Secretaria do Programa de Parcerias de Investimento vinculada à Presidência da República (SPPI/PR), os estudos da RUMO S.A. – Malha Paulista serão entregues a este Tribunal neste mês de outubro e os relativos às ferrovias sob gestão da Vale S.A. no mês de novembro, estes últimos a serem analisados no TC 027.963/2018-7;

9.2.3. no âmbito do TC 009.032/2016-9, foi realizada fiscalização no que tange à prorrogação antecipada da concessionária RUMO S.A. - Malha Paulista, na modalidade de acompanhamento, ainda pendente de apreciação pelo Tribunal, cujas temáticas tratadas são transversais a todos os processos futuros de prorrogação antecipada;

9.3. encaminhar ao presidente da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal cópia do relatório de acompanhamento (peça 81 do TC-009.032/2016-9);

9.4. juntar cópia da presente deliberação ao TC-009.032/2016-9;

9.5. considerar atendida a presente solicitação, nos termos do art. 17 da Resolução TCU 215/2008;

9.6. determinar à SeinfraPortoFerrovia que encaminhe ao Senador Pedro Chaves, autor do Requerimento 17/2018, informações sobre os estudos técnicos para a prorrogação antecipada de contratos de concessões de ferrovias concedidas à Vale S.A ou suas coligadas tão logo sejam analisados por esta Corte, bem como deliberações que vierem a ser adotadas por este Tribunal a respeito das prorrogações antecipadas das concessões da Vale S.A. e da RUMO S.A. – Malha Paulista;

9.7. dar ciência desta deliberação ao Senador Pedro Chaves;

9.8. arquivar o presente processo com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2309-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.



GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC 024.768/2017-0 [Aposos: TC 006.906/2018-4, TC 011.725/2018-4]

Natureza: Relatório de Auditoria Operacional

Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq; Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil – MTPA.

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: AUDITORIA OPERACIONAL PARA AVALIAR OS PRINCIPAIS PONTOS DE INEFICIÊNCIA NOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS, QUE RESULTAM EM AUMENTO DE CUSTO E DE TEMPO NO TRÂMITE DA CARGA. DELIMITAÇÃO DO ESCOPO À ATUAÇÃO DA ANVISA NA EMISSÃO DE LICENÇA IMPORTAÇÃO, DAS COMPANHIAS DOCAS NO PROVIMENTO DE INFRAESTRUTURA PARA OS PORTOS E À REGULAÇÃO DA ANTAQ NA ANÁLISE DE ABUSIVIDADE DE PREÇOS E TARIFAS COBRADOS DOS USUÁRIOS. OPORTUNIDADES DE MELHORIA IDENTIFICADAS. RECOMENDAÇÕES E DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. MONITORAMENTO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de auditoria operacional coordenada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia), com a participação das Secretarias de Controle Externo nos Estados de São Paulo, Pará, Santa Catarina e Rio de Janeiro, com o objetivo verificar os gargalos que impactam a eficiência dos portos.

2. Os trabalhos de campo abarcaram o período de agosto a dezembro de 2017, tendo sido delimitado como escopo da fiscalização os seguintes aspectos: atuação das Companhias Docas no provimento de infraestrutura pública dos portos organizados; processo de emissão de Licença de Importação por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); e regulação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) sobre terminais portuários na importação e exportação de contêineres.

3. Adoto como relatório, com os ajustes que considero pertinentes e destaques do original, o relatório de auditoria produzido pela equipe de fiscalização (peça 123), que contou com a anuência do corpo diretivo da secretaria especializada (peças 124-125):

“INTRODUÇÃO

Objetivo e escopo da auditoria

1. Por meio de processo de planejamento operacional da SeinfraPortoFerrovia, que envolveu a identificação de situações-problema no transporte aquaviário e ferroviário, foram definidas catorze ações relevantes de fiscalização para o período de 2017 a 2022, entre as quais se encontra esta auditoria operacional para avaliar os principais gargalos à eficiência portuária.

2. Para conhecimento dos principais problemas que afligem o setor portuário, foram realizadas entrevistas abertas com gestores de diversos órgãos e entidades privadas. Assim, foram colhidas opiniões da Secretaria Nacional de Portos do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (SNP/MTPA), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa), Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), Associação Brasileira dos Terminais Portuários (ABTP), Associação Brasileira dos Terminais e Recintos Alfandegados (ABTRA), Sindicato dos Operadores Portuários do Estado de São Paulo (Sopesp) e ainda associações de usuários dos portos do Rio de Janeiro e da Bahia (Usuport-RJ e Usuport-BA).

3. Após a realização de entrevistas com atores do setor e leitura de extensa bibliografia, percebeu-se que muitos problemas apontados diziam respeito a ineficiências que resultavam em aumento no tempo e no custo para o usuário dos portos (importador e exportador) no trâmite da carga. Verificou-se que essas ineficiências não diziam respeito apenas ao terminal portuário, mas a todo o trâmite que acontece nos portos, desde a chegada

do navio até o desembarço completo da carga, no caso da importação; e na chegada da carga no porto até o embarque desta, no caso da exportação.

4. Dentre os atores que atuam na liberação das cargas, verificou-se que a Anvisa era o que mais demorava, chegando a até trinta dias para emitir a Licença de Importação (LI). Verificou-se que a emissão dessa licença para produtos sujeitos à vigilância sanitária não era automática, sendo necessária a presença de determinados produtos em território nacional para o desembarço, situação que foi modificada recentemente com a edição da Resolução-RDC 208, de 5 de janeiro de 2018.

5. As entrevistas também indicaram problemas na gestão das autoridades portuárias (AP). Os gestores relataram insuficiência financeira das companhias docas, falhas na gestão, existência de passivos financeiros que impedem ou limitam a gestão da AP, elevada rotatividade e ingerências políticas na seleção de dirigentes. Considerou-se que esses problemas geravam ineficiência por travarem investimentos de infraestrutura e custeio necessários à operação portuária.

6. Importante destacar que a paralisação de investimentos e o rodízio de gestores, por não modernizarem o porto e os terminais, acarretam maior tempo ou maior custo para realização das atividades sob responsabilidade das APs, em comparação com portos internacionais de referência. Assim, por causar ineficiências em tempo e custo, a gestão das autoridades portuárias foi incluída no escopo da presente auditoria.

7. Incluiu-se ainda no escopo desta auditoria a insuficiência de profundidade dos canais de acesso aos portos brasileiros, em razão de problemas na realização de dragagem de aprofundamento e de manutenção pela Secretaria Nacional de Portos e Cias Docas. Foi apontada pela quase totalidade dos atores entrevistados como um relevante gargalo que prejudica a eficiência dos portos.

8. Esta questão impacta diretamente o preço do frete cobrado do usuário pelos armadores, encarecendo o transporte que tenha o Brasil como destino ou origem e, com isso, aumentando o chamado custo Brasil. Como exemplo, a falta de dragagem do Porto de Santos em 2017, o maior da América Latina e responsável por quase 30% da exportação brasileira, limitou a capacidade de carga por viagem dos navios de maior porte (<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/porto%26mar/porto-de-santos-reduz-profundidade-e-limite-de-seu-calado-operacional/?cHash=baa76808f8bd68b84381ba65fa6feae8>).

9. Segundo dados do Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Estado de São Paulo - Sindamar (<http://www.sindamar.com.br/?p=6691>), a cada centímetro a menos de calado permitido, deixa-se de embarcar entre sete e oito contêineres. Com a redução de 100cm em julho de 2017, isso representou uma perda de carregamento de até 720 contêineres ou cinco mil toneladas de carga por viagem.

10. Por fim, usuários dos portos apontam que terminais, armadores e operadores portuários conseguem praticar, em razão de falhas na atuação da Antaq, preços e taxas extras contra os usuários, mesmo que estes não tenham dado causa à cobrança, ou até cobranças de valores desassociados ao serviço prestado, impactando o custo final da importação da carga.

11. Quanto à dimensão custo, não obstante a relevância da questão, não foram encontrados indicadores financeiros nacionais relativos ao custo de movimentação de contêineres, que poderiam servir para medir e comparar a competitividade dos portos no país.

12. Em razão dessa lacuna, considerou-se como conceito de custo ineficiente aquele relacionado a serviço não solicitado pelo usuário. Nesse sentido, são vários os exemplos: armazenagem (além da que já é paga no bojo do *Terminal Handling Charge* -THC, a taxa de movimentação paga pelo usuário importador/exportador ao armador, nos terminais, em razão de demora dos órgãos anuentes em suas atividades de fiscalização); *demurrage* (sobrestadia) do navio e do contêiner (em razão de demora na autorização da entrada no porto, na operação portuária etc.); taxas extrafrete (*surcharges*), cobradas pelo armador ao terminal e repassadas ao usuário para liberação da carga, tais como taxa de pirataria e de risco de guerra; cobranças pelo terminal por serviços não contemplados no *Box Rate*, a exemplo do THC2 e levante de contêiner.

13. Entende-se que essa problemática pode estar relacionada com a ausência de uma atuação regulatória mais assertiva, capaz de induzir a eficiência na atuação dos agentes prestadores de serviços como armadores, terminais e operadores. Por essa razão, considerou-se no escopo deste trabalho a atuação da Antaq para assegurar os direitos dos usuários, no que tange à abusividade de preços.

14. Ante o exposto, a presente auditoria tem por objetivo avaliar gargalos que impactam a eficiência dos portos públicos organizados e que envolvam os seguintes macro temas: i) atuação da Antaq no que diz respeito à avaliação da abusividade de preços no segmento de contêiner; ii) dificuldades de gestão das autoridades portuárias; e iii) morosidade na emissão da Licença de Importação pela Anvisa. Para tanto, foram formuladas as seguintes questões de auditoria:

Figura 3 - Objetivo e questões de auditoria

Objetivo: Avaliar gargalos que impactam a eficiência de portos públicos, com o intuito de identificar oportunidades de redução de tempo de liberação de cargas e de custo para o usuário, com relação à atuação das Autoridades Portuárias (AP), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Questão 1: em que medida a Antaq atua para assegurar os direitos dos usuários no que tange a evitar a abusividade de preços no segmento de contêiner?

Questão 2: Quais as principais deficiências na gestão das autoridades portuárias que afetam a eficiência operacional dos portos e o que tem sido feito para resolver?

a) em que medida as autoridades portuárias têm atuado para resolver os problemas operacionais de terminais/operadores/usuários?

b) A atuação das autoridades portuárias assegura a manutenção da geometria dos canais marítimos de acesso aos portos e dos berços?

Questão 3: em que medida os procedimentos adotados pela Anvisa impactam o prazo de emissão da Licença de Importação nos portos?

Metodologia

15. Os trabalhos foram realizados em conformidade com as Normas de Auditoria do Tribunal e com observância ao Manual de Auditoria Operacional. A equipe de auditoria foi composta por integrantes da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária, da Secretaria de Fiscalização de Saúde e das unidades regionais do TCU nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Pará e Santa Catarina.

16. Na fase de planejamento foram realizadas, primeiramente, pesquisas na legislação, na jurisprudência, na bibliografia e em artigos ou trabalhos técnicos publicados na imprensa ou disponíveis na internet.

17. Em sequência, foram realizadas entrevistas com gestores da Secretaria Nacional de Portos do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, da Anvisa, da Secretaria da Receita Federal do Brasil e do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, com representantes de associações de terminais (ABTP e Abtra), de operadores portuários (Sopesp) e de usuários de portos (Usupport-RJ). Além disso, foi realizada uma visita ao Porto de Santos/SP para entrevista com o diretor presidente da Companhia Docas do Estado de São Paulo.

18. A partir das informações prestadas nas entrevistas, foram elaborados alguns instrumentos de diagnóstico, como análise de *stakeholders*, matriz *Strengths, Weaknesses, Opportunities and Threats* (SWOT) e árvore de problemas. O desenvolvimento da auditoria contou com treinamento e apoio metodológico da Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec). A tutoria teve o objetivo de otimizar os recursos empregados na execução da auditoria operacional, bem como de mitigar riscos de auditoria.

19. A partir dos métodos e técnicas utilizados, foi elaborada a matriz de planejamento contendo as três questões de auditoria já apresentadas, as quais procuram avaliar ineficiências que resultam em aumento no tempo e no custo para o usuário dos portos.

20. Para validação da matriz de planejamento, a equipe de auditoria realizou painel de referência interno, com representantes das unidades técnicas do TCU participantes do trabalho, incluindo representante do gabinete do Exmo. Ministro-Relator, e ainda painel de referência externo, em 20/10/2017, com especialistas e gestores envolvidos no modal de transporte marítimo. Participaram desse painel diversos órgãos e entidades representativas do setor, como a Fenop, ABTP, Sopesp, Conapra, Usupport-RJ, Usupport-BA, Codesp, CDP, MTPA, Anvisa e Antaq.

21. Ainda no planejamento, a equipe elaborou a matriz de critérios para avaliação dos objetos selecionados, a partir de critérios legais e normativos, análise de bibliografia especializada, bem como de boas práticas de gerenciamento.

22. Na fase de execução da auditoria foram enviados ofícios de requisição aos órgãos e entidades envolvidos, bem como aplicação de questionários e entrevistas aos usuários, terminais e operadores. A fase de execução contou com teste-piloto no Porto de Santos/SP, com o objetivo de testar os instrumentos de coleta de dados quanto à garantia de obtenção de informações relevantes e suficientes para responder às questões de auditoria. O teste também teve o objetivo de nivelar o conhecimento dos auditores que participaram da



fiscalização, haja vista serem de diversas Unidades do Tribunal. Com o sucesso da fiscalização no Porto de Santos/SP, foram realizadas visitas aos portos do Rio de Janeiro/RJ, Itajaí/SC, Belém, Miramar, Outeiros e Vila do Conde, no Pará.

23. A partir de análise das respostas recebidas e de entrevistas realizadas nos portos, a equipe elaborou a matriz de achados e realizou painel de referência externo, em 2/2/2018, a fim de obter a validação do trabalho realizado. Participaram desse painel diversos órgãos e entidades representativas do setor, como a Fenop, ABTP, Sopesp, Conapra, Usuport-RJ, Usuport-BA, Codesp, Cecafé, MTPA, CGU e Anvisa.

Visão Geral

Sistema Portuário Nacional

24. O marco regulatório do setor é a Lei 12.815, de 5 de junho de 2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Com o objetivo de contextualizar o leitor, apresenta-se a Figura 4 com o arranjo institucional simplificado do sistema portuário, com as modificações mais recentes, oriundas da Medida Provisória 726, de 12 de maio de 2016, convertida na Lei 13.341, de 29 de setembro de 2016.

25. Com a reestruturação, o Ministério dos Transportes foi transformado em Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), que assumiu as competências da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP). Importante ressaltar que existem outras instituições e entidades que participam do sistema, as quais serão oportunamente apresentadas ao longo deste relatório.

26. Consoante o art. 2º da Lei 12.815/2013, o porto organizado é definido como bem público construído e aparelhado para atender às necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária. A área do porto organizado é delimitada por ato do Poder Executivo e compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto.

27. As instalações portuárias podem estar dentro do porto organizado e administradas por companhias docas ou delegados a estados/municípios, como será visto mais adiante, ou ainda situadas fora da área do porto organizado, como as instalações portuárias públicas de pequeno porte (IP4), os terminais de uso privado (TUPs) e estações de transbordo de carga (ETC), quando serão exploradas mediante autorização.

28. Em síntese, a Secretaria Nacional de Portos (SNP/MTPA) é responsável pela formulação de políticas públicas para o setor, enquanto a regulação e a fiscalização estão a cargo da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). Compete às autoridades portuárias a administração dos portos públicos organizados, tarefa realizada diretamente pela União, por intermédio de suas companhias docas, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado (art. 17 da Lei 12.815/2013). As estações de transbordo de carga e os terminais de uso privado são autorizados pela Antaq (arts. 8º e 9º da Lei 12.815/2013).

Figura 4 - Arranjo institucional do sistema portuário



nacional

Fonte: Elaborado pela SeinfraPortoFerrovia

29. Por se tratarem as Companhias Docas de sociedades de economia mista com capital da União, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG), por intermédio da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest/MPDG), elabora o Programa de Dispendios Globais (PDG) e a proposta do Orçamento de Investimentos (OI), a gestão dos Conselheiros de Administração representantes da União, o acompanhamento e disponibilização das informações econômico-financeiras, bem como se manifesta sobre os pleitos dessas empresas, no que se refere à política salarial, aprovação e eventuais modificações nos planos de previdência e no quantitativo de empregados.

30. Diversos órgãos públicos também participam do comércio exterior como anuentes, ou seja, participam do processo concordando ou discordando do ingresso de mercadorias. São exemplos a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a Anvisa e a Secretaria de Defesa Agropecuária (SDA). Interveniente é uma designação genérica que abrange todos os que detêm relação direta ou indireta com a operação de comércio exterior, como operador, administrador de recinto alfandegado, despachante aduaneiro, o importador e o exportador.

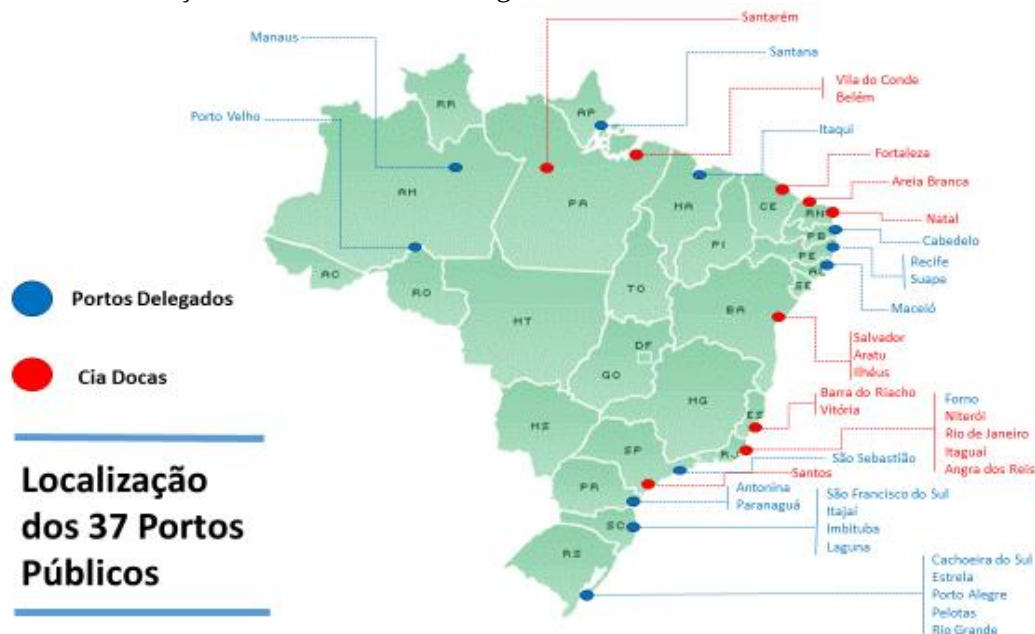
31. A Comissão Nacional das Autoridades nos Portos (Conaportos) foi instituída pelo Decreto 7.861, de 6 de dezembro de 2012, com a finalidade de integrar as atividades desempenhadas pelos órgãos e entidades públicas nos portos e instalações portuárias. Além do MTPA, integram a referida Comissão a Casa Civil da Presidência da República e os Ministérios da Justiça; da Segurança Pública; da Defesa, representado pelo Comando da Marinha; da Fazenda; da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; da Saúde; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; e a Antaq. Consoante o art. 3º do referido normativo, a Conaportos foi criada justamente para integrar órgãos e entidades públicos nos portos organizados e resolver os gargalos existentes.

32. Há outras comissões que atuam no setor, tal como a Comissão Nacional de Segurança Pública nos Portos, Terminais e Vias Navegáveis (Conportos), criada pelo Decreto 1.507 de 30 de maio 1995. A comissão é composta pelo Ministério da Justiça, Ministério da Defesa, representado pelo Comando da Marinha, Ministério da Fazenda, Ministério das Relações Exteriores e pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

33. De acordo com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, há, no país, 37 portos públicos organizados, cuja administração pode ser exercida diretamente pela União, por intermédio das companhias docas (19 portos), ou delegadas a municípios, estados da federação ou consórcios públicos (18 portos). Desses 37 portos organizados, três são fluviais (Estrela/RS, Cachoeira do Sul/RS e de Porto Velho/RO) e 34 são marítimos que, de acordo com a Resolução 2.969 - Antaq, de 4 de julho de 2013, são definidos como aqueles

aptos a receber linhas de navegação oceânicas, tanto em navegação de longo curso (internacionais) como em navegação de cabotagem (domésticas), independente da sua localização geográfica, tendo como exemplo o Porto de Manaus/AM situado no interior do país.

Figura 5 - Localização dos Portos Públicos Organizados



Fonte: Plano Nacional de Logística Portuária - PNLP 2015

34. Segundo dados do anuário estatístico da Antaq, os portos públicos marítimos movimentaram mais de 365 milhões de toneladas em carga em 2017, sendo cerca de 59% em granel sólido, 21% em contêineres, 15% em granel líquido/gasoso e 5% em carga geral. A Tabela 1 a seguir mostra a movimentação dos dez maiores portos em 2017.

Tabela 1- Movimentação de carga nos dez maiores portos públicos em 2017

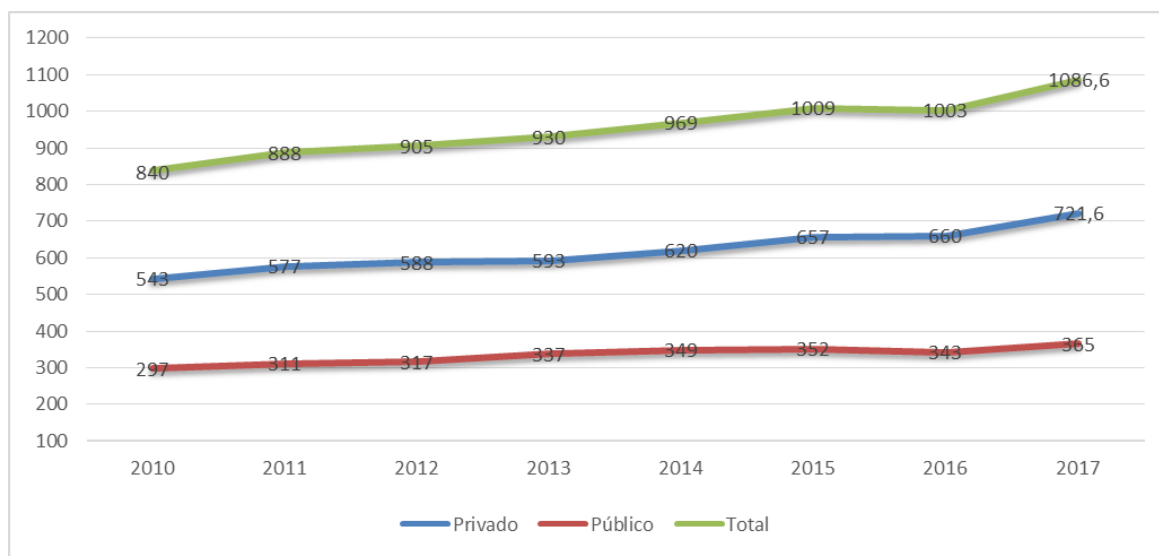
Porto Público	Carga Bruta (toneladas)
Santos	106.543.173
Itaguaí	52.938.062
Paranaguá	45.559.090
Rio Grande	26.171.271
Suape	23.631.472
Itaqui	19.113.492
Vila Do Conde	15.748.821
São Francisco Do Sul	11.771.331
Santarém	7.901.508
Aratu	6.907.829
Total	316.286.049

Fonte: Anuário Estatístico Antaq, 2017

35. Além de portos públicos organizados, destacam-se os terminais de uso privado (TUPs), instalações portuárias exploradas mediante autorização e localizadas fora da área do porto organizado. De acordo com o anuário estatístico da Antaq, foram movimentadas 722 milhões de toneladas de carga nessas instalações em 2017, sendo 67% em granel sólido, 24% em granel líquido/gasoso, 5% em carga geral e 4% em carga disposta em contêineres.

36. Consolidando-se a movimentação dos portos públicos com a dos terminais de uso privado (TUP), em 2017 alcançou-se a marca de 1,08 bilhão de toneladas de carga movimentada em instalações portuárias brasileiras. A figura a seguir mostra a evolução da carga movimentada a partir de 2010.

Figura 6 - Evolução da carga movimentada (milhões de toneladas)



Fonte: Anuário Estatístico Antaq, ano 2017

Instrumentos de Planejamento

37. Até a Lei dos Portos 12.815/2013, cada Autoridade Portuária era responsável pela elaboração do planejamento do seu próprio porto e, assim, não havia como garantir a integração dos instrumentos com os demais portos e com a programação prevista para o setor de transportes como um todo. A partir do novo marco regulatório, coube à então Secretaria de Portos, atualmente integrada ao MTPA, a missão de elaborar o planejamento setorial em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada, abrangendo tanto acessos portuários quanto infraestrutura e desenvolvimento urbano.

38. Para tanto, o órgão instituiu diversos instrumentos com o objetivo de compatibilizar o planejamento portuário nacional. A Portaria SEP/PR 3, de 8 de janeiro de 2014, descreve os seguintes instrumentos de planejamento do setor portuário nacional:

I - O Plano Nacional de Logística Portuária (PNLP): refere-se ao planejamento estratégico e visa identificar vocações dos diversos portos, conforme o conjunto de suas respectivas áreas de influência, definindo cenários de curto (4 anos), médio (10 anos) e longo prazo (20 anos) com opções de intervenção na infraestrutura e nos sistemas de gestão, a fim de obter alocação eficiente de recursos a partir da priorização de investimentos, evitando a superposição de esforços e considerando as disposições do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte;

II - O Plano Mestre: instrumento voltado à unidade portuária, que considera as perspectivas do planejamento estratégico constantes do PNLP e que visa direcionar as ações, melhorias e investimentos de curto, médio e longo prazo no porto e em seus acessos;

III - O Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ): instrumento de planejamento operacional da Administração Portuária, que compatibiliza as políticas de desenvolvimento urbano dos municípios, do estado e da região onde se localiza o porto, visando, no horizonte temporal, o estabelecimento de ações e de metas para a expansão racional e a otimização do uso de áreas e instalações do porto, com aderência ao PNLP e respectivo Plano Mestre;

IV - O Plano Geral de Outorgas (PGO): consiste em um plano de ação para a execução das outorgas de novos portos ou terminais públicos e privados, reunindo a relação de áreas a serem destinadas à exploração portuária nas modalidades de arrendamento, concessão, autorização e delegação, com respectivos horizontes de implantação, tomando como base o planejamento do Poder Concedente, das Administrações Portuárias e da iniciativa privada.

39. O PNLP 2015-2018 apresenta objetivos estratégicos de gestão e economia, logística, capacidade, operações e ainda de meio ambiente. Para cada objetivo, o plano traz indicadores, metas para acompanhamento e ainda ações propostas e prazos para o atingimento das metas.

40. Como objetivos de gestão e economia, o plano indica por exemplo, a modernização da gestão e a busca da autossustentabilidade financeira das administrações portuárias. Com relação às operações portuárias, além do aumento da produtividade na movimentação de cargas, o plano prevê a melhoria da eficiência do serviço de anuentes.

41. O PNLP dispõe de indicadores para acompanhamento dos objetivos estratégicos, como capacidade e

produtividade de instalações portuárias. Porém, carece de marcadores sobre o tempo de liberação de mercadorias por anuentes, um dos principais gargalos, e sobre o custo da movimentação de produtos.

42. Apesar da existência de alguns indicadores, como o de movimentação portuária, os últimos dados fornecidos pela SNP à época do planejamento desta fiscalização (outubro de 2017) referem-se a 2015. Como estavam desatualizados, optou-se por não considerá-los nesta auditoria.

43. O Plano Plurianual PPA 2016-2019 apresenta indicadores para o programa 2086 - Transporte Aquaviário. No que diz respeito à eficiência operacional, destacam-se a quantidade de contêineres movimentados por hora (índice 40,95 unidades/hora) e o tempo de espera para atracação (índice 12,20 horas), ambos com referência em dezembro de 2014. A nomenclatura utilizada no plano para o volume movimentado por hora destoa do observado na literatura técnica, que usualmente adota a denominação de prancha média.

44. A Antaq dispõe de diversas informações estatísticas sobre o setor aquaviário, inclusive sobre eficiência operacional.

45. Em relação à movimentação de contêineres, apresenta dois indicadores de prancha média: no operacional, considera somente o tempo em que se realizou o procedimento de levantar a carga e colocar no navio, na exportação, e de levantar a carga no navio e a colocar no cais no processo de importação; no indicador geral, considera-se todo o tempo em que o navio permaneceu atracado.

46. De acordo com o anuário estatístico aquaviário da Antaq, a prancha média operacional em 2017 para os portos públicos foi de 48 unidades/hora, frente a 51 unidades/hora de terminais privados. Já a prancha média geral de portos públicos foi de 35 unidades/hora enquanto a de terminais privados foi um pouco inferior, de 34 unidades/hora. A Tabela 2 mostra a prancha média operacional dos principais portos públicos e privados.

Tabela 2- Prancha média operacional - carga containerizada – 2017

Porto	Prancha Operacional	Média ipo	T
Embraport - SP	83	P rivado	
Portonave - SC	65	P rivado	
Paranaguá - PR	65	P úblico	
Itapoá - SC	64	P rivado	
Santos - SP	63	P úblico	
Itajaí - SC	61	P úblico	
Imbituba - SC	59	P úblico	
Pecém - CE	49	P úblico	
Itaguaí - RJ	49	P úblico	
Suape - PE	47	P úblico	
Rio de Janeiro - RJ	47	P úblico	
Rio Grande - RS	43	P úblico	
Salvador - BA	42	P úblico	
Chibatão - AM	29	P rivado	

Fonte: Anuário Estatístico Antaq, 2017

47. Quanto ao tempo de espera médio para atracação, a consulta ao anuário estatístico da Antaq mostra que, em 2017, apenas o Porto de Itaguaí/RJ apresentou valor acima do indicador constante do PPA 2016-2019

(12,2 horas), com tempo de 13,6 horas.

48. Dentre os objetivos previstos no PPA 2016-2019, destacam-se o de adequar a capacidade portuária à demanda de carga e passageiros, por meio da melhoria nas condições dos acessos aquaviários e terrestres e das instalações portuárias (objetivo 1080); o de aprimorar a governança e modernizar a gestão do setor portuário (objetivo 1082); e o de melhorar a produtividade, nível de serviços e otimizar os fluxos logísticos do sistema portuário na movimentação de carga e transporte de passageiros (objetivo 1083).

49. O objetivo 1080 contém iniciativas para realização de obras civis de superestrutura e de infraestrutura de acostagem (ação 0495), execução de obras de dragagem (ação 0497), além de arrendamentos de áreas operacionais nos portos organizados (ação 0498).

50. O objetivo 1082, que busca a melhoria da gestão das autoridades portuárias, possui ações relativas ao aumento do índice de cumprimento de metas de desempenho empresarial (ação 04A5) e à implantação do Programa de Modernização da Gestão Portuária (ação 04A6), ambas em dez administrações portuárias.

51. No objetivo 1083, em que se pretende a melhoria de produtividade e de fluxos logísticos, destacam-se as ações de implantação do sistema de gestão de tráfego de embarcações (VTMIS) em quatro portos públicos (ação 04AB) e do sistema para otimizar o fluxo logístico de acesso terrestre (ação 04AE).

Situação atual dos portos

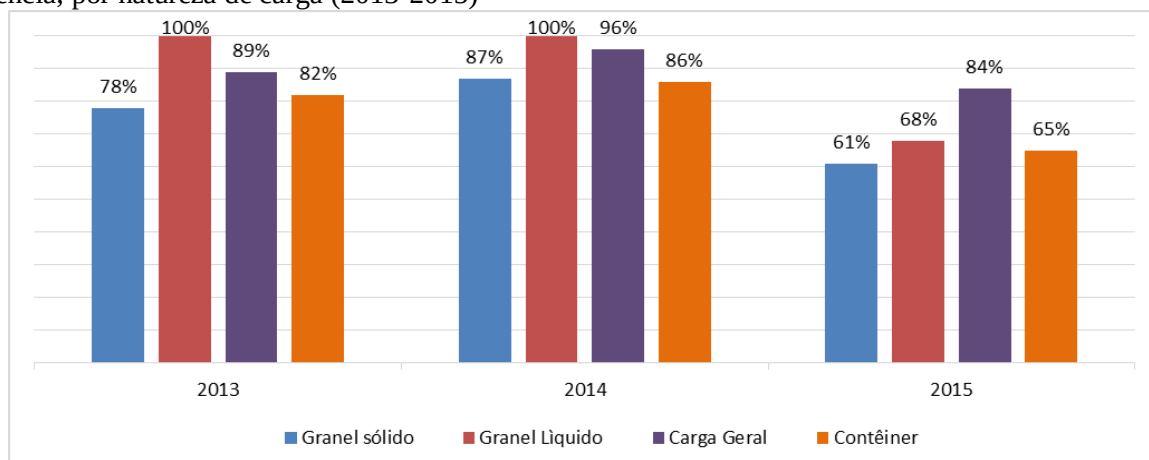
52. O crescimento da movimentação de cargas encontra limitações no que se refere a ineficiências identificadas no transporte aquaviário. As entrevistas com os principais *players* do setor durante a fase de planejamento desta auditoria indicaram a existência de gargalos relacionados com infraestrutura, gestão, burocracia, mão de obra, licenciamento ambiental e deficiência regulatória, que podem limitar o aumento da movimentação de cargas nos portos e, conseqüentemente, frear o desenvolvimento do país.

53. Estimativas da Confederação Nacional da Indústria (CNI, 2016) mostram que os custos com a burocracia nas operações portuárias totalizam entre R\$ 2,9 e 4,3 bilhões por ano. Além disso, os atrasos tipicamente encontrados em obras de implantação de infraestrutura portuária podem causar redução de mais de R\$ 6,3 bilhões em geração de caixa aos investidores.

Infraestrutura

54. A Secretaria Nacional de Portos do MTPA dispõe de indicadores com objetivo de verificar a adequação dos acessos aquaviários e das instalações de atracação à demanda de navios. O último relatório disponível apresenta o indicador do percentual de portos com ‘navio de maior frequência’ sem restrição de calado (distância vertical, tirada sobre um plano transversal, entre a parte extrema inferior da embarcação nesse plano e o plano de flutuação) no canal de acesso e na bacia de evolução, para cada tipo de carga (granel sólido, granel líquido, carga geral e contêineres).

Figura 7 - Percentual de portos públicos que possuem profundidade compatível com o navio de maior frequência, por natureza de carga (2013-2015)



Fonte: Diagnóstico PNLP 2015 (2013-2014) e V3-PNLP-Relatório-DesempenhoPortos (2015)

Elaboração: SeinfraPortoFerrovia

55. Observa-se, a partir de 2014, uma redução do percentual de portos sem restrição de calado, o que sugere ou diminuição da profundidade disponível em canais de acesso e bacias de evolução, em decorrência de assoreamento, ou ainda o aumento do calado da frota que frequenta o porto. No primeiro caso, a dragagem de manutenção seria suficiente para restabelecer a profundidade requerida enquanto a dragagem de aprofundamento seria adequada para se alcançar profundidades compatíveis com as dimensões de navios

maiores.

56. A crítica situação do acesso aquaviário dos portos marítimos foi enfatizada pelos principais atores do setor durante as entrevistas realizadas.

57. O problema reflete nos custos de afretamento, na operação dos terminais e possui impacto social relevante para os trabalhadores do porto. Há menor produtividade para os operadores portuários, quando movimentam com a mesma quantidade de trabalhadores vinculados ou quando a realização da dragagem interrompe a movimentação da carga de maneira inadequada. Com a diminuição da carga movimentada, se os terminais optam por operar com menos trabalhadores avulsos, a situação resulta em ociosidade para esses.

58. Com menor profundidade disponível, somente navios menores ou sem operar a plena capacidade podem acostar no terminal, o que resulta em maiores custos de frete por unidade. Esta questão impacta diretamente o preço cobrado pelos armadores, encarecendo o transporte que tenha o Brasil como destino ou origem e, com isso, aumentando o chamado custo Brasil. Como exemplo, a falta de dragagem do Porto de Santos em 2017, o maior da América Latina e responsável por quase 30% da exportação brasileira, limitou a capacidade de carga por viagem dos navios de maior porte.

59. Os acessos terrestres aos portos também foram indicados como gargalos à eficiência portuária. Não obstante a frequente reclamação de terminais, os problemas existentes nos acessos ferroviários ou rodoviários, que limitam a operação portuária, foram excluídos do presente trabalho em virtude de haver outras ações de fiscalização específicas previstas por esta Unidade Técnica. Como exemplo, no contexto da falta de integração multimodal, foi vislumbrada fiscalização nos gargalos de acesso aos principais portos e nas ações previstas para solucioná-los, a ser realizada oportunamente.

Gestão de autoridades portuárias

60. Conforme visto, a autoridade portuária pode ser exercida diretamente pela União ou pode ser delegada a municípios, estados ou consórcios públicos. A União administra os portos por meio de entidades denominadas Companhias Docas, sociedades de economia mista vinculadas ao MTPA. Estados e Municípios administram os portos delegados por intermédio de autarquias ou de empresas públicas/sociedades de economia mista com capital predominante do ente federativo.

61. Segundo a CNI (2016), há excesso de agentes envolvidos uma vez que a atuação das autoridades portuárias requer a aprovação de entes externos como MTPA, autoridades marítimas e aduaneiras, e ainda o Conselho de Autoridade Portuária. Além disso, a CNI destaca as conclusões sobre a ineficiência da gestão identificada no relatório publicado pelo BNDES: Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro (VIEIRA *et al*, 2012).

62. De acordo com o estudo, a gestão de autoridades portuárias apresenta: i) sistema de indicação de gestores falho, com elevada rotatividade nas diretorias e ausência de especificação de competências mínimas para indicação; ii) nível de remuneração e plano de carreiras pouco competitivos, com dificuldade na contratação pela exigência de concurso público; iii) ausência de cultura meritocrática, com estabilização da performance devido à percepção de estabilidade por funcionários; e iv) baixa qualidade da capacitação provida aos funcionários, pela ausência de treinamentos.

63. A CNI indica que a capacidade de realização de investimentos e de obtenção de financiamento de terceiros é insuficiente nas autoridades portuárias. Ademais, destaca que a independência administrativa e financeira das Companhias Docas é comprometida por bloqueios de receita determinados, em regra, pela Justiça do Trabalho, decorrentes de processos judiciais.

Anuentes

64. A existência de diversos órgãos anuentes (Anvisa, ANP, Mapa, Ibama, MDIC, CNEN, dentre outros), responsáveis por liberar o trâmite das cargas na cadeia de comércio exterior, e sua falta de coordenação no processo portuário também têm sido apontadas como relevantes gargalos nos portos públicos. De acordo com a CNI (2016), o processo portuário depende da atuação de diversos agentes, cujo nível de coordenação e eficiência determinam os patamares de prazos e custos incorridos por importadores e exportadores. As entrevistas mostraram que entre os principais anuentes encontram-se a Anvisa e o Mapa.

65. A Anvisa tem a responsabilidade de promover a proteção da saúde da população em portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados, onde fiscaliza o cumprimento de normas sanitárias, adota medidas preventivas e de controle de surtos, epidemias e agravos à saúde pública.

66. Para tanto, o órgão atua nos licenciamentos de importação por meio de procedimentos de análise documental e de inspeção física, com a finalidade de eliminar ou prevenir riscos à saúde pública. A Licença de Importação (LI) é um documento eletrônico registrado pelo importador no Sistema Integrado de Comércio



Exterior (Siscomex) para apresentar informações acerca da mercadoria e da operação de importação.

67. Além da Anvisa, outro relevante anuente da cadeia de desembaraço aduaneiro é o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa). Por intermédio do Sistema de Vigilância Agropecuária Internacional (Vigiagro), o órgão realiza atividades de controle e fiscalização agropecuária de animais, vegetais, insumos, inclusive alimentos para animais, produtos de origem animal e vegetal, e embalagens e suportes de madeira importados, exportados e em trânsito internacional.

68. Apesar da restrição de recursos humanos e de compartilhamento de informações com os sistemas da Receita Federal, o Vigiagro é capaz de fazer inspeção física em cerca de 20% do total de produtos movimentados, com tempo médio de 24h. De acordo com os responsáveis pelo órgão, com a implantação de gerenciamento de riscos, pretende-se racionalizar a inspeção e reduzir a amostragem para cerca de 2%, valor compatível com experiência internacional.

69. Não obstante a clara possibilidade de ganho de eficiência com a racionalização de procedimentos, em razão de o Vigiagro já vir adotando os processos necessários para melhoria de seus serviços, não se vislumbrou oportunidade de atuação do Tribunal nesta auditoria.

Administração Aduaneira

70. A administração aduaneira compreende a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, e verifica, por exemplo, se a mercadoria recebeu as devidas anuências, oferecendo, portanto, condições de sanidade e segurança para o uso do consumidor. Nos portos públicos, a administração é exercida pelas repartições aduaneiras do Ministério da Fazenda.

71. O despacho aduaneiro é o procedimento no qual os dados declarados e os documentos apresentados pelo exportador ou importador das mercadorias são verificados. Após a conferência aduaneira, a mercadoria é desembaraçada.

72. A Secretaria da Receita Federal do Brasil dispõe de gerenciamento de riscos para selecionar as mercadorias que serão inspecionadas fisicamente. A CNI (2016) descreve que houve avanço na atuação do órgão, que aumentou a parametrização de cargas em canal verde (desembaraço automático) e, com isso, a média de tempo para despacho aduaneiro na importação atingiu 1,6 dia e o tempo médio para exportação, cerca de 2 horas.

73. Por intermédio da recente Instrução Normativa RFB 1.759, de 17/11/2017, a Secretaria da Receita Federal promoveu ajustes no texto da IN SRF 680/2006. Com a alteração, o órgão permitiu o registro de declaração de importação e o seu desembaraço antes da chegada da carga ao País, o chamado desembaraço sobre águas, para importações promovidas por importadores certificados como operadores econômicos autorizados (OEA), pela via marítima.

Mão de Obra

74. Alguns terminais e entidades representativas descreveram a questão da mão de obra portuária como um dos principais gargalos que impactam a eficiência de portos públicos.

75. A Lei 12.815/2013 estabelece que os operadores portuários devem constituir em cada porto organizado um órgão de gestão de mão de obra (Ogmo), destinado a administrar o fornecimento de pessoal qualificado para o trabalho portuário, treinar e habilitar profissionalmente os trabalhadores avulsos, arrecadar junto aos operadores e repassar aos beneficiários os valores relativos à remuneração e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários. Os Ogmo são entidades sem fins lucrativos que administram, capacitam e fornecem trabalhadores portuários avulsos aos operadores portuários.

76. Uma reclamação trazida foi a relacionada com o ‘problema do carona’, no qual certos TUPs, que não contribuem para a manutenção do Ogmo, fariam uso de trabalhadores portuários avulsos desse órgão, beneficiando-se da capacitação desses trabalhadores mesmo sem ter contribuído com tal fim.

77. Uma arrendatária entrevistada queixou-se da obrigatoriedade de contratar pessoal avulso por intermédio do Órgão Gestor da Mão de Obra. Segundo a empresa, o valor pago aos trabalhadores vinculados ao Ogmo é significativamente mais alto do que o valor do mercado para contratação de empregados do setor. Além disso, a arrendatária afirmou que existem situações em que há trabalhadores sem qualificação cadastrados no Ogmo, mas que, obrigatoriamente, devem ser contratados pela arrendatária.

78. Além disso, arrendatárias informaram que essas organizações se encontram em situação falimentar devido a ações judiciais, em sua maioria interpostas pelos próprios trabalhadores. Afirmaram que não há verba suficiente para realização de treinamento eficaz, embora haja recolhimento compulsório de recurso para essa finalidade. Informaram que o trabalhador portuário pode desobedecer às regras de segurança e nada acontece, pois não possui subordinação direta à arrendatária. Informaram haver no sistema do Ogmo trabalhadores com

idade muito avançada e que continuam a serem escalados, por não existir um sistema de desligamento ou aposentadoria normatizado.

79. Cabe lembrar que o tema foi tratado na auditoria operacional (TC 024.011/2013-4) para avaliar os impactos da Lei 12.815/2013 nas atividades e na gestão da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp). À época, a equipe de fiscalização alertou para a possibilidade de ineficiência da regra que determina a obrigatoriedade de contratação de trabalhadores portuários de capatazia com vínculo empregatício por prazo indeterminado com registro no Ogmo (art. 40, § 2º da Lei dos Portos). O Relatório de auditoria concluiu que a nova lei dos portos piorou a situação dos terminais públicos, pois, considerando que a capatazia abrange o maior contingente do trabalho portuário, poderia haver aumento significativo do custo das operações dos terminais públicos devido à contratação compulsória via Ogmo.

80. O estudo produzido em 2012 pelo Centro de Estudos em Regulação de Mercados (Cerme), entidade vinculada à Universidade de Brasília (UnB), para a Antaq, a fim de avaliar a possibilidade de existência de assimetria concorrencial entre terminais privados e arrendados (públicos), concluiu não ser possível afirmar, a partir da análise econométrica do indicador de margem bruta sobre vendas (lucro bruto/receita operacional líquida) dos terminais, que o uso obrigatório da mão de obra do Ogmo pelos terminais arrendados pudesse lhes trazer desvantagem competitiva em relação aos terminais de uso privativo.

81. Apesar da referida análise, o estudo descreve que a regra *de per se* poderia gerar assimetria regulatória em favor de terminais privados e, com isso, sugeriu a retirada da obrigação de contratação de mão de obra junto ao Ogmo também dos terminais arrendados. O estudo destacou que além de reduzir a assimetria regulatória, a medida poderia reduzir o custo de mão de obra, pela redução da demanda ao Ogmo.

82. O estudo ainda lembra que o art. 31 da Resolução-Antaq 1.660/2010 prescreve que a Agência pode determinar à autorizada (TUP) que contrate compulsoriamente mão de obra junto ao Ogmo quando a Antaq identificar precarização da mão de obra ou conflito de âmbito concorrencial.

83. No entanto, considerando as reclamações dos operadores portuários quanto aos custos e às qualificações dos trabalhadores registrados no Ogmo, entende-se que obrigar um TUP a utilizar mão de obra avulsa de Ogmo traria mais ineficiência ao sistema, por aumentar o custo do terminal privado.

84. A auditoria realizada pelo TCU em 2013 também destacou parecer do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), exarado no âmbito do Ato de Concentração 08012.007452/2009-31, que trata de processo em que a Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (Abratec) impetrou em desfavor da empresa Embraport. Em relação ao custo da mão de obra, o referido parecer considerou que a pior forma de corrigir este desequilíbrio seria impor esta mesma estrutura pouco eficiente (Ogmo) aos terminais privados.

85. A equipe de fiscalização da auditoria operacional que avaliou os impactos da Lei 12.815/2013 nas atividades e na gestão Codesp propôs dar ciência à Casa Civil da Presidência da República das ineficiências e riscos trazidos ao sistema portuário decorrentes da obrigatoriedade de contratação de trabalhadores de capatazia feita exclusivamente por meio do Ogmo. Todavia, o voto condutor do Acórdão mostra que a ressalva não poderia ser acolhida naquele momento porque as recomendações e ciências feitas com base na análise da Codesp ainda não poderiam ser generalizadas a todas as companhias docas.

86. Ainda sobre o tema, Vieira *et al* (2012) destacaram a experiência internacional. No caso dos portos da Alemanha (Hamburgo) e Bélgica (Antuérpia), os trabalhadores portuários avulsos são organizados em *pools* de trabalhadores controlados pelos operadores portuários, similares aos Ogmo. França, Reino Unido e Cingapura não utilizam esses *pools*. A França utiliza somente trabalhadores vinculados, enquanto Reino Unido e Cingapura utilizam agências de emprego.

87. O estudo também destaca que problemas na gestão da mão de obra similares aos do Brasil foram identificados em outros países, como resultado da evolução tecnológica do transporte marítimo e da operação portuária.

Praticagem

88. Os custos de praticagem também foram identificados como gargalos que impactam o frete das mercadorias e consequentemente a eficiência do setor. Cumpre lembrar que o tema tem sido estudado com profundidade pela Secretaria de Portos, a partir da criação da Comissão Nacional de Assuntos de Praticagem, que chegou a realizar consultas públicas com a proposta de tabelar os preços dos serviços de praticagem pelos terminais do país.

89. Além dos custos da praticagem, as entrevistas mostraram preocupação com os sistemas de segurança da navegação desenvolvidos e operados pelos práticos, que têm o condão de se sobrepor a uma decisão da

autoridade portuária no que diz respeito à entrada ou saída de embarcação do canal do porto, em razão de seu caráter eminentemente técnico, na proteção da segurança da embarcação.

90. Todavia, o serviço de praticagem é exercido por sociedades civis uniprofissionais, isto é, sociedades que reúnem profissionais liberais para o exercício de sua atividade-fim, responsáveis pela alocação do prático e de toda a infraestrutura de apoio, como lanchas e tripulantes. A execução do serviço é feita por meio de acordo de prestação de serviços entre as associações de praticagem e as empresas de navegação, ou seja, uma relação comercial entre particulares.

91. Nesse ambiente, o alcance deste Tribunal estaria limitado à atuação de órgãos e entidades reguladoras que, conforme apresentado, chegaram a propor o tabelamento de preços, sem êxito até o momento. Por essa razão, optou-se por excluir o problema da praticagem do escopo desta auditoria.

92. Vale destacar a existência de projeto de Lei (PL 8.535/2017) em tramitação na Câmara dos Deputados prevendo a regulamentação do serviço de praticagem pela Antaq, incluindo a possibilidade de fixação de preços máximos, e a fiscalização das atividades.

Deficiência regulatória/burocracia

93. Além dos problemas de infraestrutura e de gestão, destacam-se também deficiências regulatórias que afetam o setor portuário. Segundo atores entrevistados, não há clara separação dos papéis institucionais dos órgãos e entidades públicas envolvidos com o setor.

94. O processo de arrendamento e de autorizações de terminais portuários à iniciativa privada também foi identificado como potencial problema do setor. De acordo com atores consultados, o programa de arrendamentos de terminais portuários não estava dando prioridade às áreas que já estão com estudos realizados. Relatou-se, ainda, que a preparação das licitações está levando muito tempo e que, desde a promulgação da nova Lei dos Portos, em 2013, poucas áreas disponíveis foram arrendadas à iniciativa privada.

95. Usuários dos portos (exportadores e importadores donos de carga) apontam que terminais, armadores e operadores portuários conseguem praticar, em razão de falhas na atuação da Antaq, preços e tarifas abusivos contra os usuários, mesmo que estes não tenham dado causa à cobrança, ou ainda cobram valores desassociados ao serviço prestado, impactando o custo final da movimentação da carga.

96. Consoante relatório da fiscalização sobre os terminais a serem arrendados no 1º bloco de arrendamentos portuários do Programa de Arrendamentos Portuários (PAP) da extinta Secretaria de Portos, submetidos ao TCU em 2013 e julgados por meio do Acórdão 3.661/2013-TCU-Plenário, consta o entendimento de que terminais de contêineres são aqueles em que ‘o foco é a prestação de serviços ou, pelo menos, apresentam esta tendência’. Tal assertiva foi confirmada em reunião com a Antaq, realizada na fase de planejamento, na qual o Superintendente de Regulação da agência informou que terminais de graneis têm, em regra, a característica de integrar elos logísticos de grandes empresas exportadoras de *commodities* vegetais ou minerais, constituindo-se em centros de custos para tais empresas, como meio de controlar e manter custos baixos na operação portuária, com ganhos de eficiência, e ter disponibilidade de cais para o escoamento da produção agrícola ou mineral; os terminais de contêineres, por sua vez, apresentam a particularidade de serem áreas de prestação de serviço portuário a importadores e exportadores, para quaisquer quantidades de carga e quando demandados.

97. Na realidade brasileira, com os dados de 2017, já apresentados na Figura 6, tem-se que os Terminais de Uso Privado (TUP) são responsáveis por 66% da movimentação anual de carga nas instalações portuárias brasileiras e movimentam principalmente perfil de carga relacionado a graneis (minerais e vegetais), por decorrerem majoritariamente de autorizações anteriores ao atual marco regulatório dos portos, sob a Lei 8.630/1993, que exigia carga própria suficiente que justificasse economicamente a implantação de um TUP.

98. Tendo tal característica do mercado portuário brasileiro em mente, e à luz da atual Lei 12.815/2013, entende-se que os TUPs que prioritariamente movimentam graneis como parte de uma logística integrada de grandes grupos econômicos seriam meros centros de custos das empresas exportadoras, tendo eles incentivos econômicos suficientes para incrementar a qualidade do serviço, sem se descuidar da manutenção de seus custos em patamares baixos e/ou competitivos internacionalmente, o que reduziria eventual necessidade de regulações complexas ou mais detalhadas por parte da Antaq.

99. Sendo assim, o grande esforço regulatório na operação portuária passa a ser destinado aos portos organizados. Neles, pode-se dividir basicamente os terminais em dois grandes grupos: aqueles que foram objetos de licitações e hoje estão arrendados à gestão privada, por meio de contratos de arrendamentos portuários; e terminais de uso público, nos quais operadores credenciados juntos às autoridades portuárias realizam as operações portuárias nos cais públicos, fazendo uso da infraestrutura e equipamentos públicos.

Figura 8 - Operação Portuária



Fonte: Elaborado pela SeinfraPortoFerrovia

100. Com relação ao primeiro grupo (terminais arrendados), os contratos de arrendamento são as principais fontes com regramentos sobre as operações portuárias. Em regra, o principal fator a incentivar a eficiência portuária é a movimentação mínima anual estipulada nos contratos. Visando cumprir a meta estipulada por tal indicador, o terminal procura atrair carga para seu terminal, utilizando-se de descontos sobre seus preços divulgados em suas tabelas de serviços e incrementando a eficiência na operação portuária.

101. A Antaq, nos casos de terminais arrendados, tem atuação precípua na fiscalização do cumprimento dos contratos de arrendamento, o que inclui a movimentação mínima anual. No caso de terminal com tarifa-teto estipulada em contrato, o atingimento da meta anual de movimentação e o respeito ao teto tarifário permitiriam a conclusão de que o operador arrendatário é eficiente por cumprir o contrato. No caso de contrato que prevê liberdade de preços, o atingimento de movimentação mínima seria a principal condição para se concluir que o arrendatário é eficiente, perante o ente regulador.

102. Cabe destacar aqui que as diferenças nos contratos de arrendamento, no que se refere à exigência ou não de tarifa-teto referencial, baseiam-se na análise de concorrência promovida pela Antaq na área de influência do terminal a ser instalado. Sobre o tema, o TCU já se manifestou, por meio do Acórdão 1.077/2015-TCU-Plenário, que reformou os itens 9.13, 9.14, 9.15 e 9.17 do Acórdão 3.661/2013-TCU-Plenário, em que são tratadas as condições em que não há necessidade de se regular tarifa nos arrendamentos portuários objetos de licitação por parte do poder concedente, atualmente o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

103. No segundo caso, relativo a operações portuárias realizadas por operadores privados em cais e berços públicos, em razão de não haver contrato de arrendamento de área, a atuação da Antaq, a grosso modo, dá-se pela análise da adequação do serviço prestado, bem como pelo acompanhamento dos preços praticados, evitando-se a abusividade destes.

104. Cabe destacar que todos os terminais, arrendados ou não (operadores em cais públicos), são obrigados a tornar públicas suas tabelas de preços, oferecendo no mínimo o pacote de serviço básico para as operações portuárias, conhecido como THC (*Terminal Handling Charge*). A regulação sobre o THC está atualmente prevista na Resolução-Antaq 2.389, de 13 de fevereiro de 2012, e abrange o conjunto dos serviços necessários para embarque e desembarque de carga em navios. Porém, o preço é livremente estipulado pelo terminal portuário. Todos e quaisquer serviços não incluídos no THC são considerados acessórios, e também livremente estabelecidos pelo operador, porém sem necessidade de padronização na oferta de tais serviços.

105. Cabe aqui uma observação acerca de um ponto importante da Lei 12.815/2013 que influenciou a divisão de cargas entre portos organizados e TUPs. Com o advento do marco legal, foi abolida a necessidade de carga própria que justificasse economicamente a implantação de um TUP. Sendo assim, novos terminais autorizados, bem como antigos com capacidade ociosa, já estão prestando o serviço de operação portuária de contêineres para terceiros (exportadores e importadores), competindo com terminais que operam contêineres em portos organizados. Como exemplos, citam-se os TUPs de Portonave, na cidade de Navegantes/SC, localizado em frente ao Porto de Itajaí (tão próximo que inclusive faz uso do canal de navegação e da bacia de evolução do porto organizado), e de Itapoá, na cidade de mesmo nome, próximo ao porto de São Francisco do Sul/SC, que movimentam atualmente, entre suas cargas, praticamente 100% de contêineres.

106. Desse modo, a mudança no perfil de carga operada nos TUPs, aliada aos novos pedidos de instalação de TUPs já requeridos no MTPA, bem como a facilitação da análise do pedido por meio da edição do Decreto 9.048/2017, provavelmente permitirá a elevação da participação da movimentação portuária dos terminais privados, atualmente já na casa dos 65%, frente a dos portos públicos, especialmente no segmento de contêineres.

107. Assim sendo, no tocante às deficiências regulatórias, o escopo da auditoria se restringiu à atuação da Antaq sobre terminais e operadores de contêineres em portos organizados, quando demandada por usuários donos de carga, no sentido de evitar a cobrança abusiva de preços, em razão da possibilidade do exercício de

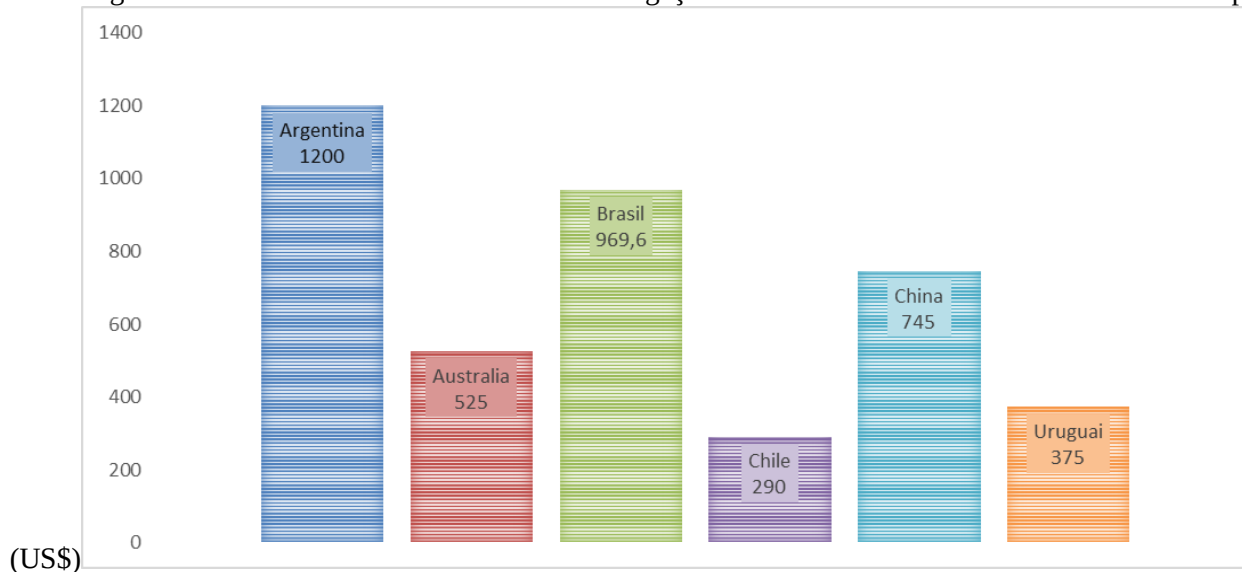
poder de mercado por esses terminais.

Comparação com outros países - competitividade

108. O Banco Mundial publica anualmente o relatório *Doing Business*, com um ranking de países quanto à facilidade de fazer negócios, nele incluído um tópico relativo ao comércio exterior. No relatório de 2018 (referente aos dados coletados em 2017), dentre 190 países, o Brasil se posiciona em 125º, mas a classificação referente ao quesito comércio internacional é 139º.

109. Ainda no âmbito do projeto *Doing Business*, o organismo internacional dispõe de informações sobre custos associados ao processo de desembaraço aduaneiro e movimentação portuária. A figura a seguir mostra o desempenho do país quanto a esses custos.

Figura 9 - Conformidade com obrigações na fronteira - Custos na importação



Fonte: Relatório *Doing Business 2018* - Elaborado pela SeinfraPortoFerrovia

110. Importante ressaltar que as informações sobre comércio internacional nessa pesquisa são obtidas por intermédio de questionário aplicado a especialistas em logística e transporte internacional, como despachantes aduaneiros, comerciantes, autoridades alfandegárias e portuárias. Desse modo, essas informações podem não refletir rigorosamente os custos incorridos no processo de importação.

Importação CIF, exportação FOB

111. Dentre as várias modalidades de compra e venda reguladas pelos Termos Internacionais do Comércio (Incoterms), o importador brasileiro usualmente utiliza a modalidade CIF enquanto o exportador nacional frequentemente usa a modalidade FOB.

112. Na importação CIF (sigla da expressão em inglês *Cost, Insurance and Freight*), o exportador estrangeiro se compromete a arcar com os custos da mercadoria vendida, com o seguro e com o frete. Como reflexo dessa realidade, o exportador escolhe o frete que lhe seja mais interessante, escolhendo, portanto, a empresa de navegação (armador) que irá transportar a mercadoria, restando ao brasileiro importador retirar a carga no terminal portuário de destino, escolhido pelo armador. Vê-se, portanto, que o importador brasileiro usualmente não escolhe o armador, tampouco o terminal onde retirará seu contêiner, ficando à mercê das escolhas do vendedor estrangeiro. Como exceção, com base nas entrevistas realizadas com as associações de usuários dos portos e com as Cias. Docas, percebeu-se que o importador brasileiro poderia eventualmente negociar a alteração do terminal, desde que a escolha recaia sobre algum terminal que já opere com o armador responsável pelo transporte, porém esta não é prática recorrente do setor.

113. Na exportação FOB (sigla para *Free on board*), o exportador brasileiro se compromete a entregar a carga livre e desembarçada em navio escolhido pelo importador estrangeiro, uma vez que será este último que pagará pelo frete. Assim, novamente se percebe que o brasileiro não escolhe o armador para o transporte do contêiner, devendo se ater apenas a entregar no terminal definido pelo armador contratado pelo importador estrangeiro. Todos os custos de transporte marítimo e de entrega do contêiner no país de destino são pagos pelo importador.

114. Ambos os modelos apresentam vantagens e desvantagens para os agentes de comércio exterior brasileiros envolvidos: se por um lado estes não podem escolher o armador e nem o terminal destino da carga,

por outro não se envolvem em questões comerciais de contratação do transporte marítimo.

115. Lembra-se ainda que é perceptível no setor portuário brasileiro a movimentação dos grandes armadores internacionais no sentido de aquisição (ou participação acionária) de terminais portuários, com vistas a reduzir seus custos com a movimentação de mercadorias entre o navio e a zona alfandegada.

116. Essa tendência pode agravar ainda mais o quadro da falta de liberdade de escolha do terminal, por parte dos agentes brasileiros, tanto exportadores quanto importadores, pois com a aquisição ou arrendamento de terminais pelo armador, este irá priorizar suas atracções nos terminais que possui participação, tornando menos efetivas as políticas de competição entre terminais, presumivelmente ampliando o poder de mercado dos armadores sobre as operações portuárias.

Preços e tarifas

117. As administrações dos portos organizados cobram dos agentes privados (operadores e armadores) tarifas portuárias referentes à utilização de sua infraestrutura aquaviária ou terrestre, além de serviços, como fornecimento de energia elétrica, água etc. (Resolução-Antaq 3.707, de 17 de outubro de 2014). Além disso, compõem a remuneração das autoridades portuárias os valores relativos ao arrendamento de suas áreas aos terminais. O quadro a seguir apresenta a nomenclatura usualmente utilizada pelas autoridades portuárias.

Figura 10 - estrutura tarifária em autoridades portuárias

T	Serviços tarifados
abelas	
T abela 1	Infraestrutura portuária - Acesso aquaviário
T abela 2	Infraestrutura portuária - Acostagem
T abela 3	Infraestrutura portuária - Terrestre
T abela 4	Serviços e facilidades - Equipamentos
T abela 5	Serviços e facilidades - Armazenagem
T abela 6	Serviços gerais
T abela 7	Movimentação de carga

Fonte: Antaq, 2011

118. Por sua vez, os terminais instalados em portos organizados e os operadores portuários são remunerados por intermédio de serviços prestados aos armadores (movimentação da carga) e outros serviços prestados aos usuários exportadores e importadores ou donos da carga. Consoante o normativo citado, preço é o valor livremente negociado entre as partes, devido pelos usuários à arrendatária (ou ao operador portuário), como contrapartida aos serviços prestados. Quando fixados no contrato de arrendamento, os valores são denominados tarifas de serviço.

119. A Antaq pode regular os preços praticados pelas empresas arrendatárias, mesmo em regime de liberdade tarifária, em razão de ter a agência reguladora obrigação legal de acompanhar se o serviço prestado está adequado, nos termos da Lei 8.987/1995 (art. 6º, *caput* e § 1º), o que inclui a análise de modicidade tarifária; e de impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica (Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea 'b'), informando ao Cade caso a situação se enquadre neste último caso.

120. Outro destaque que também deve ser feito diz respeito à diferença entre os valores cobrados pelos terminais (preços ou tarifas de serviço) e as tarifas das autoridades portuárias (Cias. Docas e portos delegados). Os preços e as tarifas de serviço dos terminais são cobradas em razão de prestação de serviço à carga (movimentação vertical e horizontal), tais como desembarque de mercadoria, armazenamento, escaneamento e pesagem, ao passo que as tarifas portuárias são cobradas pelas Autoridades Portuárias diretamente dos armadores por necessidade destes no uso da infraestrutura do porto, tais como acesso à área do porto, atracção, fundeio, amarração do navio ao cais, desatracção, etc.

121. Com poucas exceções, a exemplo do Terminal de Contêineres (Tecon) de Salvador-BA, que tem definido em contrato o preço máximo dos serviços passíveis de oferta e cobrança pelo terminal (tarifa-teto), os



demais arrendamentos de terminais de contêineres têm regime de liberdade de preços, também estipulado em contrato, o que faz com que a Agência prefira usar a expressão ‘preço público’ em sua referência.

Principais diferenças entre THC e Box Rate

122. A Resolução-Antaq 2.389/2012, ao estabelecer parâmetros regulatórios na prestação de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres, define em seu artigo 2º as cobranças intituladas *Terminal Handling Charge* (THC) e Cesta de Serviços (*Box Rate*), que apresentam diferenças entre si que podem ser assim resumidas.

123. *Box Rate* ou cesta de serviços, corresponde aos serviços cobrados pelo terminal e prestados ao armador para a retirada do contêiner do navio e entrega ao usuário final, pondo fim ao contrato de transporte internacional de mercadorias. Corresponde às atividades de estiva e de capatazia.

124. Já o THC corresponde à cobrança feita pelo armador aos usuários de forma a se ressarcir dos custos que teve com o terminal para a retirada da carga do navio e para entregá-la ao usuário, nos termos do art. 3º da Resolução 2.389/2012. Vale lembrar que, no voto condutor do Acórdão 1.439/2016-Plenário, no âmbito do TC 004.662/2014-8, de lavra da Exma. Ministra Ana Arraes, foi identificado que a Antaq não realizou o controle do caráter de ressarcimento do THC: ‘28. Nesse ponto, tenho que concordar com o denunciante que a Antaq não controlou o ressarcimento e não homologou as cobranças da THC, o que pode ter causado prejuízos aos usuários, que ficaram sem a proteção da Agência Reguladora’.

125. A prática internacional é no sentido de considerar o THC como sendo constituído por todos aqueles serviços necessariamente prestados à carga para sua saída do terminal, alfandegada ou não. Entretanto, como já é sabido pelo TCU (TC 004.662/2014-8, TC 021.253/2008-2, e TC 014.624/2014-1), na realidade brasileira há cobrança de outras tarifas, a exemplo do THC2 (serviço de segregação e entrega), para que o contêiner seja desembarçado no terminal alfandegado, ou mesmo tenha sua saída por meio de Despacho de Trânsito Aduaneiro, encarecendo o valor final pago pelo usuário importador.

Possível ilegalidade da cobrança de THC2

126. O TC 014.624/2014-1 tratou de auditoria operacional para avaliar os principais gargalos para liberação de carga containerizada em portos da Região Sudeste, de relatoria da Exma. Ministra Ana Arraes. Em razão da cobrança do THC2 (serviço de segregação e entrega), os termos da Resolução-Antaq 2.389/2012 encontram-se atualmente em discussão no âmbito do referido processo.

127. Importante destacar que **não será discutida no presente processo a legalidade da Resolução-Antaq 2.389/2012, considerando-se mais adequada sua discussão no âmbito do TC 014.624/2014-1**. Cumpre registrar que, após a apresentação da matriz de achados, a Sopesp e a ABTP manifestaram-se pela desnecessidade de tratar do assunto nesta fiscalização, porque entendem ser legítima a cobrança do serviço de segregação e entrega pelos terminais portuários e ainda por já existir processo de auditoria relativo ao assunto.

128. Assim, não faz parte do escopo desta auditoria avaliar se deve haver ou não cobrança de quaisquer serviços prestados pelos terminais/operadores portuários, mas verificar se a Antaq dispõe de metodologia e procedimentos adequados para aferir possível abusividade dos preços pagos pelos usuários (importadores e exportadores) do sistema portuário.

ACHADOS DE AUDITORIA

129. A aplicação dos procedimentos de auditoria, de forma conjunta com a utilização dos papéis de auditoria elaborados na fase de planejamento, permitiu a identificação de três achados, que serão detalhadamente apresentados na sequência deste relatório.

Achado 1: A atuação da Antaq não garante a harmonização de objetivos entre usuários donos de carga e empresas arrendatárias, o que possibilita a cobrança de preços abusivos no segmento de contêineres.

130. Neste tópico, analisou-se em que medida a atuação da Antaq, quanto à arbitragem de conflitos de interesses entre usuários de serviços portuários e os respectivos prestadores, especialmente sobre a cobrança de preços abusivos, está atingindo seu objetivo legal de harmonizar os objetivos dos atores do setor (Lei 10.233/2001, art. 20).

131. Nas análises realizadas pela Antaq sobre denúncias apresentadas por usuários donos de carga no tocante à suposta prática de preços abusivos em serviços prestados na importação e exportação de contêiner, em terminais localizados em portos públicos, foi identificado que **a Agência não possui metodologia e/ou instrumentos adequados para o tratamento das denúncias** recebidas acerca de abusividade e de falta de modicidade de preços praticados por terminais de contêiner, uma vez que a Antaq não dispõe de:

a) procedimento formalmente definido e padronizado para avaliação da abusividade de preços

impugnados por meio de denúncias; e

b) acompanhamento sistemático dos custos de movimentação de contêiner, o que subsidiaria a análise de abusividade dos preços impugnados.

132. A análise das denúncias pela Antaq se dá por meio de procedimentos *ad hoc* (específicos), bem como por solicitações pontuais aos terminais dos custos envolvidos nos serviços denunciados para averiguação da abusividade dos preços.

133. Além disso, constatou-se que a Resolução-Antaq 2.389/2012 apresenta pontos controversos, especialmente no tocante aos serviços incluídos no THC e no *Box Rate*, o que prejudica a obrigação legal da Agência de harmonizar conflitos.

134. A análise da situação encontrada frente às Leis 10.233/2001 e 12.815/2013, e aos princípios da transparência, isonomia, economicidade, eficiência, finalidade administrativa e supremacia do interesse público, sugere haver oportunidades de melhoria sobre as análises da Antaq acerca dos conflitos de interesse que tocam à Agência se posicionar.

135. Para o exercício das competências relacionadas à arbitragem de conflitos de interesses e harmonização de objetivos díspares, estabelecidas em lei, a Antaq deve fazer uso de metodologia de análise previamente definida, de modo a direcionar e sistematizar sua atuação, trazendo previsibilidade em suas análises, transparência à motivação de seus atos e legitimando as decisões da Agência.

136. A Lei 10.233/2001, em seu art. 11, inciso IV, estabelece que a Antaq deve assegurar que os usuários paguem pelos custos dos serviços em regime de eficiência. Cabe destacar que os preços não são livremente definidos pelo mercado, uma vez que devem guardar correlação com os custos dos serviços prestados, em regime de eficiência. Soma-se a esta exigência legal a própria justificativa econômica da regulação, que prevê a atividade do regulador em falhas de mercado. Nesse sentido é o posicionamento da Superintendência de Regulação da Antaq, em Despacho de 25/1/2018, no qual relembra que ‘mesmo em mercado com regime de preços livres, é obrigatória a regulação desta Agência para verificar se há alguma infração de ordem econômica. Não é porque os preços são livres que os agentes podem aumentá-los a seu bel prazer, trazendo prejuízo ao bem estar social’.

137. Uma vez escolhidos os patamares de preços por parte dos terminais, estes devem publicar a tabela com seus preços praticados, por força de dispositivo na Resolução-Antaq 3.274/2014 (art. 34, incisos I e II). Destaca-se aqui que não há necessidade prévia de demonstração da vinculação dos preços praticados pelos terminais com seus custos; o que se exige é a comunicação prévia à Antaq, normalmente por meio de ofício endereçado à Agência, antes da prática dos novos preços desejados.

138. Por força do inciso II do art. 20 da Lei 10.233/2001, a Antaq deve regular ou supervisionar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: a) garantir modicidade nos fretes e tarifas; b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

139. Com espeque no art. 27 da Lei 10.233/2001, cabe à Antaq: II) promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes; e IV) elaborar normas relativas à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.

140. Dentre as diretrizes estabelecidas no art. 3º da Lei 12.815/2013 para a exploração dos portos organizados, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do país, se destaca a seguinte: II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários.

141. A Resolução-Antaq 3.274/2014, em seu art. 34, define que constitui infração, passível de aplicação de multa a arrendatários de áreas e instalações portuárias localizadas no porto organizado, deixar de encaminhar demonstrações financeiras à Antaq. Tal exigência normativa dá a Antaq a competência de obter e requisitar informações financeiras, o que poderia subsidiá-la em análises no bojo de denúncias sobre abusividade de preços.

142. Além disso, o item 3.4 da Agenda Regulatória da Antaq para o Biênio 2016/2017, aprovada pela Resolução-Antaq 4.502/2015, estabelece como um dos itens da citada agenda o seguinte: ‘padronização das rubricas dos serviços básicos prestados pelos terminais de contêineres e definição de diretrizes acerca dos serviços inerentes, acessórios ou complementares’. Lembra-se que é justamente a imprecisão na definição dos

serviços (inerentes, acessórios e complementares) na importação e na exportação de contêineres pelos portos organizados que gera falta de uniformização na cobrança de preços e provoca falta de entendimento entre os agentes regulados e os usuários do setor portuário.

143. O TCU também exarou determinações em outros processos que evidenciam a preocupação do Tribunal com a questão da cobrança do THC. Embora atualmente se encontre em fase de análise os pedidos de reexame apresentados pela Antaq e pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica (Centronave), cabe destacar que os itens 9.3.2, 9.3.3 e 9.3.6 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário (Ministra Relatora Ana Arraes), expedido no bojo do TC 004.662/2014-8, estabelecem exigências à Antaq no sentido de: expedir orientação para assegurar que o THC só seja pago ao armador mediante comprovação dos custos efetivamente incorridos pelo operador portuário; exigir a necessária divulgação, aos usuários, da composição dos custos do THC e de todos os itens da Cesta de Serviços; e realizar estudo para atestar a modicidade tarifária nos THCs cobrados dos usuários brasileiros.

144. Nesta esteira, o Acórdão 1.736/2016-TCU-Plenário (Ministro Relator Raimundo Carreiro), mantido pelo Acórdão 1.410/2017-TCU-Plenário (Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues), de 5/7/2017, exarado no âmbito da representação objeto do TC 028.834/2010-0, determinou à Antaq que enviasse ao Tribunal plano de ação detalhado para regulamentação da metodologia de cálculo dos preços máximos que poderão ser cobrados pelas arrendatárias dos usuários.

145. Por fim, cabe destacar que é garantida a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, consoante determina a Constituição Federal de 1998, em seu art. 5º, inciso LXXVII. Nesse sentido, foi verificada a cronologia da tramitação de processos de denúncias apresentadas pelos usuários à Antaq.

Ausência de metodologia de análise

146. Na Fase de Execução desta auditoria, foram solicitados à Antaq os processos de denúncia de usuários abertos a partir de 2014. Em seguida, por requisição desta equipe de fiscalização, a Agência encaminhou cópia de cinco processos da Gerência de Regulação Portuária (GRP), unidade incumbida regimentalmente para análise de conflitos com os usuários.

147. O exame da documentação (Apêndice II) mostra que as análises de denúncia sobre abusividade e não modicidade de tarifas, por parte da Antaq, carecem de rigor metodológico para alcançar seu objetivo, qual seja, harmonizar os interesses dos atores do setor. Neste ponto, convém repisar que, nesta auditoria, o exame cingiu-se ao método utilizado pela Agência para harmonizar conflitos e não na verificação se os preços seriam ou não abusivos, análise que transcenderia o objetivo do presente trabalho.

148. As análises dos preços impugnados foram realizadas por meio de comparação ora com índices inflacionários, ora com custos informados pelos terminais (que não necessariamente estariam em regime de eficiência). Em outras situações, foram pesquisados preços de terminais de contêineres concorrentes e, mesmo observada grande variância nos preços pesquisados, tal fato não permitiu à Agência concluir definitivamente sobre a existência da situação de abusividade.

149. Nessa esteira, lembra-se o teor do despacho da Superintendência de Regulação da Antaq que reconhece a ausência de metodologia definida para este tipo de análise acerca da abusividade dos preços denunciados. No documento, indica-se que foram constatados pelo menos três métodos de análise de abusividade de preços: por meio da evolução do preço impugnado em comparação com as taxas de inflação do período considerado; por meio da comparação do preço questionado com os de outros terminais de contêineres; e por meio da comparação do preço com o custo informado pelo terminal. Ao final, o gestor aponta que falta definição de metodologia de análise da abusividade de preços.

150. Embora a tônica seja permitir liberdade sobre os preços praticados pelos terminais portuários arrendados, a Agência tem ciência de que tais preços estão sob sua regulação e que a entidade deve reprimir situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica (como são exemplo a Nota Técnica 48/2015/GRP, de 3/12/2015, e o Despacho da Superintendência de Regulação da Antaq, de 25/1/2018), o que permite à Agência restringir aumentos de preços. Como exemplo, cita-se a restrição ao aumento de preços do terminal de contêiner da Libra-Rio, tratada no âmbito do TC 004.662/2014-8, no qual a Antaq limitou o aumento de preços à variação de determinado índice de inflação.

Ausência de acompanhamento periódico dos custos

151. Além da falta de metodologia para verificar possíveis abusividades nos preços praticados, constatou-se que a Antaq não dispõe de ferramenta de acompanhamento periódico dos custos ou índices de custos de movimentação e armazenagem portuária no segmento de contêiner, o que prejudica a harmonização dos

interesses dos atores. Lembra-se que não basta à Antaq apenas conhecer os custos incorridos pelos terminais para analisar a modicidade/abusividade de preços portuários, mas que tais custos sejam medidos em regime de eficiência, consoante determina a Lei 10.233/2001.

152. Para obtenção dos custos dos terminais, com o objetivo de tratar denúncia acerca de abusividade de preços, por exemplo, a Antaq faz uso da Resolução 3.274/2014, que permite a obtenção pela Agência de informações financeiras e contábeis dos terminais. Porém tais informações vêm à Antaq somente quando demandadas e, via de regra, apresentadas em documentos físicos, o que não favorece a manipulação dos dados.

153. Lembra-se que os custos associados a movimentação, armazenagem e expedição de contêiner nos terminais, que subsidiam análises de abusividade de tarifas, têm de corresponder à realidade do terminal, ajustados pelo regime de eficiência definido em Lei. Assim sendo, as informações prestadas pelos terminais têm de ser verdadeiras e corresponder às suas operações portuárias, permitindo à Antaq circularizar tais informações e responsabilizar os terminais, no caso de fornecimento de informações incorretas.

154. Além disso, para que a Antaq meça os custos eficientes, nos termos do art. 11 da Lei 10.233/2001, a Agência deve incluir na metodologia de análise de denúncia acerca de abusividade de preço portuário o desenvolvimento de referenciais de eficiência, para permitir correta avaliação dos preços dos terminais.

Resolução 2.389/2012 - pontos que frequentemente geram conflitos

155. Além da análise de processos da Antaq, os usuários e entidades representantes entrevistados relataram os seguintes problemas, que reforçam a opinião da fragilidade da atuação na Antaq no tratamento de conflitos de interesse e de falta de clareza no normativo vigente: i) surgimento de conflitos, após a edição da Resolução 2.389/2012, junto à Antaq, em que se discute a sobreposição dos 'serviços não contemplados no *Box Rate*', mas de prestação obrigatória, com aqueles já remunerados por meio do THC; ii) cobrança de serviços não contemplados no THC e *Box Rate* em valores maiores do que os praticados no THC; iii) cobrança de serviços não contemplados no THC e *Box Rate* por meio do faturamento de serviços fracionados, que deveriam constar do THC, com majoração da conta final cobrada do usuário (quando em comparação à condição anterior à edição da Resolução-Antaq 2.389/2012), em decorrência do abuso de posição dominante de mercado do terminal na relação econômica com o usuário dono da carga; e iv) cobrança dos valores do THC pelo armador ao usuário em valores consideravelmente superiores aos pagos pelo armador ao terminal, em oposição ao regramento da Resolução 2.389/2012, que determina que haja o ressarcimento dos valores, consoante já examinado no bojo do TC 004.662/2014-8.

156. Assim, observa-se que desde a edição da norma 2.389/2012, os problemas de falta de harmonia entre os objetivos dos atores do setor portuário vêm se agigantando. Neste contexto, e com o fito de adequar a citada norma à Lei 12.815/2013, a unidade de regulação da Antaq propôs alteração da Resolução por meio da apresentação da Nota Técnica 48/2015/GRP, de 3/12/2015, de autoria da Gerência de Regulação Portuária da Antaq, com vistas a pacificar os pontos de conflitos existentes hoje no normativo da Antaq.

157. Entretanto, na fase de execução da auditoria, foi obtida a informação de que a proposta de norma ainda não tinha sido relatada nem pautada para julgamento pela Agência. Sendo assim, passados mais de seis anos desde a edição da Resolução 2.389/2012, que catalisou os conflitos de interesse entre usuários dos portos e terminais portuários, e mais de dois anos da apresentação da proposta de alteração da citada Resolução, não havia decisão da Antaq acerca da alteração. Cumpre destacar que, em maio de 2018, a Agência divulgou o Aviso de Audiência Pública 4/2018, com o intuito de obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento da proposta de revisão da aludida norma.

158. Além disso, a prática de cobranças de serviços não incluídos no *Box Rate*, mas de prestação obrigatória para expedição da carga pelo terminal tem relação com eventual abuso de posição dominante do terminal frente ao usuário e com a concentração de mercado verificada nos mercados atendidos por terminais de contêineres (alto IHH - Índice de Herfindahl-Hirschman, Apêndice III - Concentração de Mercado).

159. Não resta dúvida da posição dominante do terminal frente ao usuário importador de contêiner no que toca à prestação de serviços para entrega da carga, considerando que, em regra, o usuário não escolhe o terminal em que irá receber a mercadoria. Além disso, o terminal detém a posse física da carga e somente a libera mediante o pagamento dos serviços. Um dos objetivos das Leis 10.233/2001 e 12.529/2011 (que estruturaram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) é o combate à infração da ordem econômica, consubstanciada no abuso de posição dominante.

160. Como exemplo, citam-se as tabelas de preços dos terminais APM (Tabela 3) e Portonave (Tabela 4), para a movimentação de contêiner, na importação e exportação, referente ao ano de 2017.

Tabela 3- Serviços não cobertos pelo *Box Rate*, mas prestados ordinariamente à carga

(APM Terminals)

ITEM DA TABELA	PREÇOS IMPORTAÇÃO	PREÇOS EXPORTAÇÃO
Armazenagem provisória (tabelas a e c)	1º Período de 5 dias: 0,55% e valor mínimo de R\$ 810,00 por contêiner	Franquia no 1º Período de 7 dias. Não cobra
Levante contêiner padrão (tabela g)	<i>Handling out</i> (entrega): R\$ 260,00 por contêiner	<i>Handling in</i> (recebimento). Não cobra
Segregação/planejamento de carga para retirada (tabela j)	Planejamento operacional e segregação de carga para retirada: R\$ 726,00	Não cobra
Pesagem de contêiner (tabela l)	R\$ 92,00, por contêiner	R\$ 92,00, por contêiner
Carga e descarga de navios - contêiner cheio (tabela n)	Descarga de contêiner cheio, R\$ 721,00	Embarque de contêiner cheio R\$ 721,00
Total dos preços (por contêiner)	R\$ 2.609,00	R\$ 813,00

Fonte: Usuport-BA, com base na tabela de preços apresentada à Antaq, no processo 50300.012357/2016-08.

Tabela 4- Serviços não cobertos pelo Box Rate, mas prestados ordinariamente à carga (TUP Portonave)

ITEM DA TABELA	PREÇOS IMPORTAÇÃO	PREÇOS EXPORTAÇÃO
Armazenagem (tabelas 1)	1º Período de 6 dias: 0,52% e valor mínimo de R\$ 664,00 por contêiner	Franquia no 1º Período de 7 dias. Não cobra
Levante de contêiner (tabela 2)	Levante de contêiner na carreta para saída do terminal: R\$ 235,00	<i>Handling in</i> (recebimento). Não cobra
Movimentação de liberação de DTA e TAPS (tabela 2.14)	R\$ 1.178,00	Não cobra
Pesagem de contêiner (tabela 2.3 e 2.4)	R\$ 80,00, por contêiner	R\$ 80,00, por contêiner
Segregação de DTC-pátio (tabela 2.15)	R\$ 331,00	R\$ 331,00
Total dos preços (por contêiner)	R\$ 2.488,00	R\$ 411,00

Fonte: Usuport-BA, com base na tabela de preços apresentada à Antaq, no processo 50300.012557/2016-52.

161. Percebe-se pelas duas tabelas que o THC2, nos termos do tratamento conferido no TC 014.624/2014-1, se relaciona apenas com as linhas de nomes 'Segregação/Planejamento de carga para retirada (tabela j)' e 'Segregação de DTC-Pátio (tabela 2.15)'. Nas palavras de usuários, após a Resolução-Antaq 2.389/2012, o THC2 tornou-se recorrente nas tabelas de preços dos terminais, sob diversas denominações, que majoram o custo final de importação, uma vez que todas as linhas destas tabelas se referem a serviços não cobertos pelo *Box Rate*.

162. Cabe aqui um destaque no que concerne à exportação, uma vez que a franquia de sete dias (conhecida no setor pelo jargão de *free-time*) é uma exigência do armador para que este tenha margem de sete dias para atracar, sem que tais atrasos lhe sejam onerosos.

163. Soma-se a este incremento de serviços não cobertos pelo *Box Rate* a prática de majoração dos preços de forma periódica (por exemplo, anual), com índices normalmente acima da inflação, sem justificativa que tenha como base aumento dos custos dos terminais. Observa-se na Tabela 5 o crescimento do valor de armazenagem cobrado, tanto mínimo como sobre o percentual do valor CIF e da carga classificada como perigosa (IMO).

Tabela 5- Preços tabelados de armazenagem 1º período - contêiner de 20' e 40'

	Portonave ¹			APM Terminals ²			Variação anual do valor mínimo	
	Valor Mínimo (R\$)	% CIF	Adicional IMO ³	Valor Mínimo(R\$)	% CIF	Adicional IMO	Porto nave	AP M
012	195,00	27%	0,100	250,00	320%	100		
013	230,00	30%	0,100	362,00	370%	100	17,95%	44,80%
014	450,00	38%	0,100	581,00	395%	100	95,65%	60,50%
015	520,00	41%	0,100	663,00	445%	100	15,56%	14,11%
016	620,00	47%	0,150	736,00	500%	100	19,23%	11,01%
017	664,00	52%	0,150	810,00	550%	150	7,10%	10,05%
018	691,00	55%	0,150	843,00	570%	150	4,07%	4,07%

1 - (primeiro período - 6 dias, 7 dias em 2012)

2 - (primeiro período - 6 dias ou fração até 2017 e 5 dias em 2018)

3 - IMO (Organização Marítima Internacional) - designação dada a carga perigosa - percentual de acréscimo do preço

Valor de Armazenagem calculado sobre o Valor da mercadoria (CIF) e por contêiner.

Fonte: tabelas extraídas dos sites eletrônicos dos terminais

164. Lembra-se novamente que a Antaq prima pelo regime de liberdade de preços para os terminais arrendados, atuando apenas por provocação de modo *ex post*, no caso de denúncias por supostas abusividades ou de prática de preços que atentem contra a modicidade tarifária. Novamente, percebe-se a importância de metodologia que permita realizar análise isenta acerca da abusividade sobre a cobrança de serviços.

165. Uma possível explicação para o comportamento verificado é o abuso de posição dominante num mercado altamente concentrado (Apêndice III - Concentração de Mercado). O setor portuário, em especial no segmento de contêiner, tem grandes indícios de concentração de mercado, quando analisadas suas hinterlândias (zonas de influência).

166. Nesse sentido, a Antaq foi questionada acerca de tendências na movimentação entre terminais de uso privado (TUPs) e portos organizados (arrendados) após a edição da Lei 12.815/2013. Em resposta a questionamentos do TCU, a Antaq informou que elaborou estudo, disponível em <http://web.antaq.gov.br/Portal/EstudoAssimetriaRegulatoriaTUPPP.asp>, acerca de possível assimetria entre Portos Organizados e Portos Públicos, concluindo que:

‘Embora existam distinções nas regras que regem os terminais arrendados e privativos, ficou bem estabelecido neste estudo que **os dados do setor não apontam vantagem concorrencial favorecendo os terminais privativos em detrimento dos terminais arrendados** especializados em movimentação de contêineres proveniente de regulação assimétrica, isto é, qualquer vantagem concorrencial de um terminal com relação a outro é proveniente de maior eficiência gerencial ou tecnológica, isto é, economicamente legítima.’ (grifos do original)

167. Embora os resultados do referido estudo não sejam objeto da presente auditoria, a conclusão acima aponta para a possível competição entre TUPs e portos arrendados, principalmente a partir da edição da

Lei 12.815/2013, que não mais exigiu a necessidade de carga própria que justificasse o investimento na construção de TUPs, o que poderia vir a incrementar a concorrência no segmento de contêiner. Porém, nem a Antaq nem os agentes entrevistados apontaram que haja uma desconcentração neste mercado de terminais de contêineres.

168. A prática de cobrança pela prestação de serviços básicos de operação portuária e armazenagem, porém não incluídos no *Box Rate*, tem o condão de elevar os custos finais de importação de contêiner, ofendendo as diretrizes legais estabelecidas na Lei 12.815/2013, art. 3º, inciso II combinado com a Resolução 3.274/2014, art. 2º, inciso IV (efetividade dos direitos dos usuários); e na Lei 12.815/2013, art. 3º, inciso II combinado com a Resolução 3.274/2014, art. 3º, inciso VII (garantia da modicidade).

169. Com a evidência de que outros serviços, e não só os representados pelo THC2, constituem os serviços não cobertos pelo *Box Rate*, considera-se oportuno que a Antaq defina os serviços incluídos no pacote de serviços prestados pelo terminal ao armador (*Box Rate*) e cobrado pelo armador ao usuário (THC). Lembra-se ainda que na Nota Técnica 48/2015/GRP há proposta de alteração do *Box Rate* para abranger todos os serviços necessários para a expedição do contêiner do terminal, relegando para os ‘serviços não cobertos pelo *Box Rate*’ apenas aqueles considerados acessórios e de contratação opcional por parte do usuário importador.

170. Sem ter a pretensão de esgotar a discussão econômica, lembra-se que, no caso da importação, o terminal portuário alfandegado, fiel depositário da carga importada, escolhido pelo armador, torna-se o monopolista da mercadoria do usuário do porto, além de a carga ser, em regra, um bem não fungível, o que torna mais ainda evidente a posição dominante do terminal frente ao importador. Nesta situação, o bem econômico cujo fornecimento é tutelado pela agência reguladora é o ‘serviço portuário’ de movimentação e armazenagem da carga, uma vez que o terminal deve prestar tais serviços para entregar a carga ao usuário (demandante *lato sensu* dos serviços).

171. Pois bem, nestas condições de monopólio, a demanda pelo bem ‘serviço portuário’ é demasiada inelástica e, sendo assim, a teoria econômica aponta que todo e qualquer aumento de preço do serviço é repassado, em sua maioria, se não integralmente, ao consumidor (usuário importador). Se o aumento de preço não é decorrente de aumento de custo, verifica-se, a grosso modo, aumento da margem de lucro do terminal (lucro econômico positivo), situação que impõe a necessidade de regulação.

Alíquotas *ad valorem* incidentes na movimentação de contêineres

172. Por fim, outro descontentamento dos usuários diz respeito ao incremento dos preços dos serviços prestados pelos terminais por meio da elevação de alíquota *ad valorem*, em adição à cobrança por unidade de contêiner já praticada (a exemplo da tabela de evolução de preços do arrendatário do porto de Itajaí, APM Terminals, e do terminal de uso privado em Navegantes/SC, Portonave, pela tabela 5 acima, entre 2012 a 2018). Argumentam ainda que tal cobrança não encontra semelhanças em países estrangeiros.

173. A origem da cobrança *ad valorem*, em oposição à cobrança por unidade remonta aos tempos coloniais, nos quais tais práticas incrementavam a arrecadação de tributos nos entrepostos comerciais. O preço de movimentação de contêiner, a grosso modo, não depende do valor da mercadoria nele carregada. A propósito, esta é uma das grandes vantagens do contêiner, por permitir padronização no manuseio e agilidade nas operações portuárias. Isso explica em parte o movimento de containerização dos últimos trinta anos no mundo todo. Nos casos em que cargas valiosas estão acondicionadas em contêineres, seguros sobre as mercadorias são contratados para dar solução a possíveis avarias decorrentes de movimentações imprecisas.

174. No entanto, percebe-se que a prática da cobrança *ad valorem*, em adição à cobrança por unidade de contêiner, vem sendo incrementada em movimento recente, após a edição da Resolução-Antaq 2.389/2012, permitindo aumento dos preços sem correspondente aumento dos custos no manuseio e trâmite da carga, em regime de eficiência.

175. A Antaq, por sua vez, preza pela liberdade de preços, não se opondo, *a priori*, por mudanças nas unidades de cobrança. A regra da Resolução 3.274/2014 é exigir a publicidade dos preços em tabelas dos terminais previamente publicadas, deixando a cargo do terminal a unidade da respectiva cobrança.

Análise e conclusão referente às deficiências observadas na atuação da Antaq

176. Em vista de todo o exposto, observa-se que a atuação da Antaq não tem contribuído para que haja a harmonização dos objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, arbitrando conflitos de interesses e regulando situações que configurem competição imperfeita e/ou impedindo infração da ordem econômica (consoante determina o art. 20 da Lei 10.233/2001). As causas percebidas para a baixa efetividade da agência nesta seara são:

a) ausência de metodologia definida para avaliação de abusividade de preços e tarifas praticadas por

terminais arrendados no segmento de contêiner, o que permite a realização de análises pela Agência sem utilização de critérios padronizados;

b) inexistência, na Antaq, de mecanismo de coleta e de análise sistemática de índices ou indicadores de custos praticados no segmento de contêiner, o que permitiria subsidiar a análise de denúncias referentes à prática de preços não módicos;

c) interpretação conflituosa da Resolução 2.389/2012, no que tange à definição dos serviços básicos que devem ser prestados pelos terminais portuários no segmento de contêiner, o que leva à cobrança duplicada por serviços já prestados no âmbito do *Box Rate* ou à cobrança por serviços prestados, mas não solicitados pelos usuários;

d) fiscalização insuficiente por parte da Antaq sobre os valores pagos pelo armador a título de *Box Rate*, a serem ressarcidos via THC, cobrado do usuário, conforme determina o art. 3º da Resolução-Antaq 2.389/2012; e

e) existência de estruturas de prestação de serviços portuários com características de concentração de mercado (alto IHH) sem regulação sobre preços, o que propicia abuso de posição dominante de mercado por parte dos terminais.

177. Como primeiro efeito decorrente das deficiências apontadas, a análise do corpo técnico da Antaq no tratamento de denúncias acerca de cobrança de preços abusivos, sem metodologia definida para a arbitragem dos conflitos, pode conduzir a conclusões diversas, que dependem do critério utilizado pelo responsável pela análise, impactando, ao final, a tomada de decisão da Agência sobre a questão.

178. Análises sem embasamento em diretrizes transparentes previamente estabelecidas e sem rigor metodológico elevam o risco de tomada de decisões diferentes em situações parecidas, levando, ao final, para falta de harmonização dos objetivos entre usuários e terminais portuários. A cada nova demanda, seja ela sobre criação de novos serviços de cobrança compulsória ou majoração de preços, análises são realizadas sem utilização de critérios padronizados, impactando na decisão tomada pela Agência, não contribuindo para a pacificação dos conflitos de interesses no setor portuário.

179. Na sequência, percebe-se o surgimento de denúncias, em sua maioria, de autoria dos usuários donos de carga, sobre prática de preços abusivos na importação de contêiner, tais como a majoração injustificada ou a elevação de valores dos serviços não contemplados no THC nem no *Box Rate* em patamares superiores aos do próprio THC, e também de cobrança de THC em valores superiores ao cobrados por meio do *Box Rate*, em infração ao caráter de ressarcimento estipulado na Resolução-Antaq 2.389/2012.

180. Outro efeito diz respeito aos altos valores de custos de movimentação de contêiner praticados no Brasil, quando comparado com outros países, como apontado em relatórios internacionais, a exemplo do *Doing Business*, do Banco Mundial, elaborado por meio de pesquisa a usuários de portos de todo o mundo. Como exemplo dos altos custos para importação de contêiner no Brasil, o relatório *Doing Business* 2018 mostra que importar um contêiner no Brasil custa, em média, US\$ 969 ao passo que no Chile custa US\$ 290 ao importador.

181. Eleva-se também o risco da ocorrência da abusividade de preços praticados pelos terminais, ante a falta de acompanhamento pela Antaq de: i) custos associados à prestação dos serviços em regime de eficiência; ii) fatores aplicáveis à majoração dos preços, tais como investimentos realizados, ganhos de produtividade na prestação do serviço, inovações tecnológicas no setor portuário, níveis inflacionários; e iii) níveis de concentração do mercado de serviços portuários e de competição intra e interportos.

182. Pode-se dizer, por fim, que é quase unânime a percepção, por parte dos usuários donos de carga, de que há falha na atuação regulatória da Antaq, permitindo aos terminais portuários, em decorrência destas falhas, praticar preços elevados sem regulação eficiente, o que propicia a criação de novos serviços de prestação compulsória à carga, no segmento de contêiner, em função do abuso de sua posição dominante de mercado.

183. Ante o exposto, conclui-se que a atuação da Antaq no tratamento das denúncias de usuários sobre preços abusivos praticados por terminais portuários no segmento de contêiner apresenta risco de não harmonizar os interesses dos atores do setor. O tratamento de denúncias de preços abusivos sem metodologia definida para a arbitragem dos conflitos de interesse entre usuários donos de carga e terminais portuários leva a decisões que afrontam os princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público.

184. Visando direcionar os esforços às causas dos problemas identificados neste relatório, notadamente a ausência de metodologia de análise de denúncias, a falta de acompanhamento periódico dos custos de terminais e ainda a existência de pontos conflituosos na Resolução 2.389/2012, propõe-se expedir as seguintes determinações:

185. **Determinar à Antaq, com espeque no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU que:**



a) no prazo de 180 dias, desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários, na movimentação de contêiner, com vistas a harmonizar objetivos de usuários e prestadores de serviço, preservado o interesse público, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/2001;

b) no prazo de 180 dias, regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos relativos à movimentação de contêiner, com vistas a subsidiar as análises de abusividade de preços e tarifas de terminais e operadores portuários, considerando referenciais de eficiência, nos termos do inciso IV do art. 11 da Lei 10.233/2001;

c) no prazo de 180 dias, estabeleça medidas para acompanhar, de forma sistemática, o comportamento dos preços e tarifas praticados no segmento de contêiner, nos termos do inciso II do art. 27 da Lei 10.233/2001;

d) no prazo de 30 dias, apresente ao TCU plano de ação com vistas a evidenciar como se dará o atendimento às determinações constantes dos itens acima, designando as tarefas a serem executadas, os responsáveis por tais medidas (nomes e cargos) e o prazo para suas implementações.

186. Também será proposto recomendar à Antaq, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno, que regulamente a prática de cobrança de preços *ad valorem* sobre movimentação e armazenagem de contêineres, não descartando a possibilidade de vedar tal prática, bem como determinar, com base no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que a Agência apresente, no prazo de 30 dias, plano de ação contendo denominação dos responsáveis (nomes e cargos) e prazos para implementar a referida recomendação ou justificar sua não implementação.

187. Finalmente, propõe-se dar ciência à Antaq de que a baixa celeridade processual na análise da proposta de alteração da Resolução-Antaq 2.389/2012 contraria a Constituição Federal de 1998, art. 5º, inciso LXXVII, que assegura a todos razoável duração do processo, bem como não contribui para a harmonia dos objetivos dos atores do setor portuário, em oposição à Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea 'b'.

188. Importante registrar que a definição de metodologia específica para tratar denúncias de abusividade e de prática contra a modicidade tarifária pode trazer como benefícios a padronização da análise da Agência sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais no segmento de contêiner, encaminhando a atuação da Agência para a harmonização dos interesses dos atores do setor portuário.

189. As medidas propostas também poderão facilitar a obtenção de informações e a análise realizada pela Antaq sobre os custos dos terminais, quando de denúncias de prática de preços que atentem contra a modicidade, uma vez que os custos serão remetidos à Antaq periodicamente e em formato útil à análise. Por fim, a atuação da Agência nestes termos pode trazer previsibilidade aos agentes econômicos dos custos envolvidos na movimentação de contêiner, com incremento de eficiência e aumento de volume na cadeia de comércio exterior.

Achado 2: Dragagem insuficiente e dificuldades de realização de investimentos e manutenção das instalações portuárias

190. Neste capítulo, foram examinadas as principais deficiências na gestão das autoridades portuárias que afetam a eficiência operacional dos portos organizados. Para tanto, examinou-se a atuação das autoridades portuárias para assegurar a manutenção da geometria dos canais marítimos de acesso aos portos e berços de atracação. Além disso, examinou-se em que medida as autoridades portuárias têm atuado para resolver os problemas operacionais de terminais, operadores e usuários.

191. Convém lembrar que, para análise do caso concreto, efetuou-se o exame das Autoridades Portuárias responsáveis pelos portos organizados de Santos/SP, Rio de Janeiro e Itaguaí/RJ, Itajaí/SC, Belém e Vila do Conde/PA.

Achado 2.1 - Ausência ou insuficiência da dragagem de manutenção

192. A atuação da Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ), da Superintendência do Porto de Itajaí (SPI) e da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) não assegura a manutenção da geometria dos canais marítimos de acesso aos portos e dos berços de atracação.

193. A conservação dos acessos aquaviários, que é feita por meio de dragagem de manutenção, cabe precipuamente às autoridades portuárias, consoante o art. 17, inciso V, da Lei 12.815/2013. Conforme seu estatuto social (art. 4º, inciso XVI), compete à Codesp promover a realização de obras e serviços de construção e melhoramento dos portos, de suas infraestruturas de proteção e de acesso aquaviário sob sua jurisdição ou

responsabilidade. Nessa linha, o estatuto social da CDRJ descreve sua competência com termos e numeração idênticos aos da autoridade portuária paulista.

194. Já o regulamento de exploração do porto organizado de Itajaí/SC destaca a competência da Administração do Porto de fiscalizar a execução ou executar obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias, nelas compreendida a infraestrutura de proteção e de acesso aquaviário ao porto (item 1.2, alínea g).

195. Cumpre lembrar que o princípio constitucional da eficiência deve ser obedecido por toda Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal), direta ou indireta. Di Pietro (2006) ressalta que esse princípio constitucional possui dois aspectos: em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível; e em relação ao modo de estruturar e disciplinar a administração pública, também com a finalidade de alcançar os melhores resultados na gestão.

196. Com o objetivo de estimular a ampliação da eficiência nas contratações públicas, a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, em seu art. 10, estabeleceu a remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Desse modo, a remuneração da empresa contratada estaria condicionada a algum ganho para a administração pública, como, por exemplo, a redução do prazo de interrupção das operações portuárias. No entanto, atualmente, não se verifica a aplicação desse critério nas contratações de dragagem.

197. A eficiência pode ser definida como o alcance de um resultado com o mínimo emprego de recursos e, portanto, a ampliação da eficiência requer a redução de custos. Nesse contexto, é importante trazer a experiência do Corpo de Engenheiros do Exército Americano (*United States Army Corps of Engineers - Usace*), órgão responsável pelas dragagens nos portos dos Estados Unidos da América, que juntou em um único contrato os projetos de dragagem que historicamente eram feitos em contratos individuais.

198. O *Government Accountability Office (GAO)* realizou fiscalização sobre as ações adotadas pelo *Usace* para assegurar a qualidade das informações dos custos dos contratos de dragagem. Consta no relatório da auditoria que oficiais de distritos da costa oeste estimaram ter obtido economia anual de cerca de US\$ 7 milhões, ao mobilizar/desmobilizar apenas uma draga, em vez de várias. O *GAO* também reportou que um dos distritos da costa leste havia juntado em um único contrato a dragagem de manutenção com a de redução de danos causados por tempestade costeira.

199. O *Department of Transport and Main Roads* da Austrália dispõe de um extenso relatório que apresenta a estratégia para dragagem de manutenção dos portos de Queensland. Segundo o documento, a draga de propriedade do Porto de Brisbane normalmente realiza a dragagem dos demais portos, que possuem contratos com a administração do primeiro. O relatório apresenta o volume dragado anualmente em cada porto, a quantidade de dias em que houve dragagem de manutenção, bem como estimativa de assoreamento e calendário para dragagem.

200. Conforme será visto a seguir, os canais de acesso e berços de atracação dos portos visitados nesta fiscalização apresentam problemas na manutenção da profundidade.

Porto de Santos/SP

201. Em resposta a questionários, operadores portuários indicaram que o principal gargalo portuário no Porto de Santos/SP seria a dragagem de manutenção, que não tem sido realizada de maneira apropriada. Apesar de haver contrato de dragagem de manutenção, alguns entrevistados afirmaram que o equipamento contratado leva de sete a dez dias para dragar um berço de 300m, período em que o berço ficaria impossibilitado de operar.

202. Análise dos documentos apresentados pela autoridade portuária aponta diminuição dos calados operacionais nos berços do porto ao longo do tempo, evidenciando a deficiência de dragagem de manutenção. Por meio da análise de calados operacionais entre março de 2015 e novembro de 2017, verificou-se que 22 de 54 berços estavam com profundidade inferior à de projeto, o que poderia limitar a atracação dos navios de maior calado (Apêndice I - Variação dos calados operacionais).

Porto de Itaguaí/RJ

203. Não existe programa permanente de dragagem implementado na CDRJ. Com efeito, a dragagem de manutenção do canal de acesso e do canal derivativo do Porto de Itaguaí/RJ não tem sido realizada pela Autoridade Portuária.

204. O canal, a bacia de manobra e alguns berços de atracação do Porto de Itaguaí/RJ deveriam ter profundidade de 20m, permitindo calados de navios de até 18,8m. No entanto, devido ao assoreamento de parte da bacia de manobra, o calado máximo autorizado é de 14,5m, consoante orientação da autoridade marítima.

Excepcionalmente, manobras com navios contendo calados entre 14,5m e 18,3m são autorizadas como 'especiais' e podem ser canceladas a qualquer momento causando interrupção nos serviços dos terminais do porto.

205. Um dos arrendatários destacou que pequenas dragagens emergenciais são feitas pelos próprios arrendatários, embora exista cobrança dos terminais pela CDRJ de tarifa para manutenção do acesso aquaviário, tarifas essas que compõem a Tabela I das tarifas reguladas pela Antaq.

206. Estudos realizados pelo INPH e pelo Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a COPPE, mostram que o assoreamento do Porto de Itaguaí/RJ é pequeno, em torno de 150.000m³/ano. Além disso, os estudos indicam a necessidade de dragagem de aproximadamente 1,6 milhões de m³, o que corresponde a aproximadamente 10 anos sem a manutenção da profundidade. O INPH também apresenta como estimativa de custo da dragagem o valor de R\$ 50 milhões.

207. Como solução temporária, o MTPA autorizou a realização de investimentos emergenciais para a dragagem do porto. Os investimentos, previstos em R\$ 86 milhões, serão realizados no âmbito dos contratos de arrendamentos firmados com as empresas CSN Mineração S.A., Sepetiba Tecon S.A. e Companhia Portuária Baía de Sepetiba (CPBS) junto à CDRJ. No entanto, após a realização do investimento, permanece a necessidade de dragagem de manutenção.

208. Como o assoreamento nos portos do Rio de Janeiro não é significativo em períodos curtos, a dragagem de manutenção pode ser realizada em conjunto com outros portos, como o de Santos/SP ou de Vitória/ES, como sugerido pelo próprio INPH. Para tanto, os serviços de dragagem de manutenção poderiam ser coordenados com a SNP/MTPA e com as autoridades portuárias dos respectivos portos. Vale registrar que as companhias docas, como sociedades de economia mista, submetem-se à Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e, portanto, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento (art. 278).

Porto de Itajaí/SC

209. Entrevistados reportaram que a dragagem de manutenção do Porto de Itajaí seria insuficiente, apesar de a SPI dispor do contrato de dragagem de manutenção com a Construtora Triunfo S.A. (Contrato 32/2012).

210. Nesse porto, fenômenos meteorológicos provocam com frequência chuvas intensas e enchentes do Rio Itajaí-Açu, que causam assoreamento excessivo do canal e elevam os custos de manutenção. No entanto, o atual contrato de dragagem de manutenção não leva em consideração esse problema, o que acarreta a necessidade de novas contratações quando da ocorrência desses episódios meteorológicos.

Análise - Achado 2.1

211. Nos casos em que as Autoridades Portuárias possuem contrato de dragagem de manutenção, como o de Santos e de Itajaí, verifica-se que a licitação não garante que os contratos sejam realizados de maneira eficiente. Embora os contratos estabeleçam produtividade diária mínima, os terminais e operadores consultados entendem que as especificações não são suficientes para assegurar a eficiência porque os berços chegam a ficar muito tempo impossibilitados de operar durante a realização da dragagem. Além da produtividade mínima das dragas, os editais de licitação poderiam conter parâmetros de eficiência que favorecessem a rapidez na intervenção e a manutenção da condição de operacionalidade dos berços de atracação.

212. As Autoridades Portuárias alegam dificuldades financeiras para realização das dragagens de manutenção. No entanto, no caso do Porto de Itaguaí/RJ, que possui baixo assoreamento, considerando o elevado custo de mobilização de equipamentos, pressupõe-se que a dragagem seja realizada em intervalos de tempo maiores que um ano, para que ocorra suficiente acúmulo de sedimentos. Nesse específico caso, como o assoreamento é baixo, infere-se que a principal causa dessa deficiência na dragagem de manutenção esteja relacionada com a falta de planejamento operacional da Autoridade Portuária, que deveria prever a atividade para evitar a perda significativa da profundidade de canais, bacias de manobra e berços de atracação.

213. A consequência direta da falha na dragagem de manutenção é a diminuição da capacidade de carga dos navios que atracam no complexo portuário. Como o valor do afretamento da embarcação praticamente não se altera, o custo do transporte por mercadoria embarcada se eleva, porque são necessárias mais viagens para se transportar uma determinada quantidade de carga.

214. De acordo com entrevistados, em razão da limitação da profundidade no Porto de Santos/SP, vários navios são obrigados a aguardar a elevação da maré para entrar e/ou sair. Um dos terminais entrevistados informou que cada berço perde de trinta a quarenta dias por ano aguardando a maré apropriada. Com efeito, ocorre custo extra de sobrestadia da carga em caminhões e atraso de entrega de unidades.

215. Com relação à dragagem de manutenção no Porto de Itaguaí/RJ, para o caso de terminais de minérios, estima-se que os navios operam em média com 5% a menos de carga. Além disso, há custo de mais de



R\$ 70.000,00 por manobra (Prático e Rebocadores adicionais) em decorrência da classificação de manobras como ‘especiais’ para que sejam realizadas, no caso de navios com calado acima de 14,5m até o limite de 18,3m.

216. Em Itajaí/SC, a arrendatária APM ajuizou ação com pedido de tutela antecipada para não pagar o valor da movimentação mínima de contêineres (MMC) relativo a 2016 porque, segundo a empresa, suas atividades ficaram prejudicadas em razão do assoreamento e da dragagem insuficiente realizada pela SPI. A arrendatária logrou êxito por meio de medida liminar que suspendeu o pagamento da MMC até a decisão de mérito do processo, reduzindo as receitas financeiras da Autoridade Portuária.

217. Conclui-se, desse modo, que as autoridades portuárias avaliadas não conseguem manter as profundidades dos canais aquaviários e dos berços de atracação nos níveis definidos em projeto, em razão de problemas na licitação, como a especificação inadequada da produtividade de equipamentos, ou falta de planejamento operacional. A redução das profundidades impacta negativamente a operação de terminais, provoca a limitação da carga embarcada nos navios e o encarecimento dos custos logísticos, além da redução dos recursos da própria Autoridade Portuária, que deixa de auferir receita de seus usuários (terminais, operadores e armadores).

218. Em novembro de 2017, o MTPA criou grupo de trabalho interministerial para avaliar proposta feita por associações atuantes no Porto de Santos interessadas em assumir a responsabilidade pelo gerenciamento e execução das dragagens de manutenção.

219. Segundo informação de uma das entidades postulantes, o serviço poderia ser feito por intermédio de um ‘condomínio portuário’, instituído para ‘administrar a contratação e fiscalização dos serviços de engenharia e dragagem do canal de acesso, áreas de fundeio, bacias de evolução e berços de atracação do porto organizado, gerando a tarifa para infraestrutura aquaviária’. Com natureza jurídica de associação civil de direito privado sem fins lucrativos, o condomínio seria composto por uma Diretoria Executiva, contratada por tempo indeterminado, por um Conselho de Administração e pela Assembleia Geral. O conselho de administração seria composto de autoridade portuária e marítima e ainda de representantes de arrendatários de áreas acostáveis (terminais molhados).

220. A sugestão proposta contempla a alteração da legislação para permitir que a associação/condomínio possa realizar esses serviços e receber os recursos da companhia docas.

221. Como ainda não houve conclusão dos trabalhos do aludido grupo, é possível ao menos considerar os parâmetros de eficiência propostos pelos terminais em futuras licitações, com o objetivo de diminuir os períodos de interrupção das operações portuárias, sem prejuízo de aprofundada avaliação técnica e econômica pelo MTPA e pelas Autoridades Portuárias das sugestões alvitadas pelo referido grupo de trabalho.

222. Ainda com a finalidade de estimular maior eficiência das empresas de dragagem, é recomendável que as contratações admitam a possibilidade da remuneração variável, prevista na Lei 12.462/2011.

223. Com o objetivo de reduzir custos de dragagem de manutenção, a experiência internacional aponta para a possibilidade de realizar as dragagens de diferentes portos de maneira conjunta, bem como a dragagem de recuperação decorrente de enchentes ou outros fenômenos hidrológicos. Com isso, os custos de mobilização e de desmobilização das dragas, valores relevantes, podem ser diluídos entre portos. O INPH também recomenda a contratação de dragagens de manutenção em bloco, sobretudo quando o volume de assoreamento anual é de pequena monta, como no Porto de Itaguaí/RJ.

224. Dessa forma, entende-se pertinente **recomendar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno, às Autoridades Portuárias que: i) em conjunto com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, avaliem a possibilidade de adotar a dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, bem como a viabilidade de considerar, em seus contratos de dragagem de manutenção, a dragagem de recuperação em virtude de enchentes ou outros fenômenos hidrológicos, à semelhança das realizadas em experiências internacionais (EUA e Austrália); e ii) sempre que possível, considerem os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das operações portuárias, bem como a possibilidade de remuneração variável de que trata a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Em razão da eventualidade dos processos descritos acima, não será proposta determinação para apresentação de plano de ação para implementar as recomendações.

225. Adicionalmente, entende-se necessário **dar ciência à Codesp de que a profundidade dos berços de atracação relacionados a seguir não corresponde à prevista em projeto (relação dos berços: AL 01, AL 02, AL 03, AL 04, BTP 01, BTP 02, BTP 03, AGE0 01, CS 01, VALONGO, ARM 10, ARM 11, ARM**

13/14, ARM 15, ARM 16/17, ARM 19, CURVA 23, OUTEIRINHOS 03, OUTEIRINHOS 02(MB), OUTEIRINHOS 01(MB), ARM 33/34, 37 Pto 1 e 2, TERMAG, TGG, TECON 4 e TECON 3).

226. Com a implementação dessas medidas, espera-se a diluição dos custos de mobilização/desmobilização dos equipamentos e, com isso, redução dos valores de contratos de dragagem. Ao considerar parâmetros propostos por terminais ou operadores, o tempo de interrupção dos berços de atracação será mitigado, o que permitirá maior eficiência na movimentação portuária.

Achado 2.2 - Dificuldade em realização de investimentos e manutenção das instalações portuárias em níveis operacionais

227. As administrações dos portos organizados de Santos, Rio de Janeiro, Itaguaí, Itajaí, Belém e Vila do Conde não conseguem realizar as atribuições previstas em seus estatutos ou regimentos, no tocante a investimentos e manutenção de instalações de infraestrutura necessárias às operações do porto.

228. As administrações dos portos organizados possuem suas atribuições enumeradas no art. 17 da Lei 12.815, de 5 de junho de 2013 (Lei dos Portos). Dentre as atividades previstas para as autoridades portuárias, cabe destacar a de fiscalizar ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias (inciso V), e a de promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto (inciso VII).

229. Os estatutos sociais das companhias docas (São Paulo, Rio de Janeiro e Pará) reproduzem as atribuições legais e ainda apresentam outras, como a realização de obras e serviços de construção e melhoramento dos portos, de suas infraestruturas de proteção e de acesso aquaviário. De igual modo, o regulamento de exploração do porto organizado de Itajaí/SC descreve a competência da Administração do Porto de fiscalizar a execução ou executar obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias, nelas compreendida a infraestrutura de proteção e de acesso aquaviário ao porto (item 1.2, alínea 'g').

Porto de Santos/SP

230. Além da deficiência na dragagem de manutenção, operadores portuários entrevistados consideraram a existência de um único acesso rodoviário ao porto um dos principais gargalos que prejudicam a eficiência de suas operações. Segundo informações apresentadas por um operador portuário, as vias de acesso já chegaram a ficar interditadas por quinze dias seguidos devido a um incêndio e, apesar de haver projetos para ampliação dos acessos, as obras ainda não foram realizadas.

231. Em resposta aos questionários, os terminais também reportaram a existência de muitas interferências entre as linhas férreas e as rodovias que prejudicam o acesso ao porto, isto é, excesso de cruzamentos em nível, bem como insuficiência de capacidade e de manutenção das linhas férreas e de falta de conservação das vias rodoviárias.

232. Como exemplo de incapacidade em realização de investimentos, o porto ainda não implementou o sistema VTMS (*Vessel Traffic Management Information System*), de auxílio eletrônico à navegação, que tem por objetivo ampliar a segurança da vida humana no mar, a segurança da navegação e a proteção ao meio ambiente nas áreas em que haja intensa movimentação de embarcações ou risco de acidente de grandes proporções.

233. Foram destinados recursos para implantação do referido sistema, desde 2014, nos Portos do Rio de Janeiro (RJ), Itaguaí (RJ), Santos (SP), Salvador e Aratu (BA) e Vitória (ES). No entanto, apenas esse último conseguiu implantar o sistema, ao custo de R\$ 23 milhões. Das quatro torres de controle previstas para o Porto de Santos, apenas uma estaria pronta para operar. Gestores da Codesp informaram que a implantação dependeria de diálogo com o Ministério da Defesa para definição dos pontos de instalação das torres de radar, devido ao fato de tratar-se de área sujeita a jurisdição militar.

234. No que diz respeito à situação financeira da Codesp em 2016, a companhia teve despesas da ordem de R\$ 31 milhões em demandas trabalhistas e R\$ 18 milhões em demandas cíveis. Além disso, ainda houve a cobertura de déficit da previdência complementar dos funcionários, no montante de R\$ 11 milhões. Essas três rubricas totalizam R\$ 60 milhões em dispêndios. Enquanto isso, os investimentos com capital próprio no ano de 2016 foram de apenas R\$ 19 milhões, o que demonstra que o resultado da companhia vem sendo fortemente afetado pelas demandas judiciais e outras questões trabalhistas, comprometendo sua saúde financeira e capacidade de investimentos.

235. O saldo das provisões para as demandas judiciais é elevado. São R\$ 224 milhões em causas trabalhistas que provavelmente serão perdidas pela Codesp (dados de janeiro de 2017 encaminhados pelo setor jurídico da Companhia). Entre prováveis e possíveis, o número chega a R\$ 377 milhões. Juntando-se as com

chance remota de perda, o total chega a R\$ 455 milhões. Já as provisões cíveis se dividem em de curto prazo, R\$ 126 milhões, e de longo prazo, R\$ 79 milhões, totalizando R\$ 205 milhões.

236. A não realização de projetos menos dispendiosos, como o sistema de gerenciamento do acesso terrestre, pode estar relacionada a falhas na gestão das companhias docas, que não conseguem licitar e realizar seus projetos, além de dificuldades na interlocução com outros órgãos e entidades.

237. Em Santos, de acordo com entrevistados, a falta de investimentos em infraestrutura resulta em filas de caminhões estacionados ao longo da via de acesso e ao redor de todo o porto organizado. A infraestrutura terrestre deficiente acarreta aumento no tempo de trânsito das mercadorias e, por consequência, no custo portuário. Devido às dificuldades de acesso terrestre e/ou aquaviário, o próprio porto deixa de auferir receita porque as cargas que seriam movimentadas em seus terminais são destinadas a outras instalações portuárias.

Portos do Rio de Janeiro e de Itaguaí/RJ

238. Segundo relatos de arrendatários, o Porto do Rio de Janeiro sofre com manutenção deficiente da pavimentação de vias internas, das linhas férreas, da iluminação dos acessos e do interior do porto, além da sinalização deficiente das vias rodoviárias.

239. O porto ainda não dispõe do sistema VTMS. Em resposta a ofício de requisição, a CDRJ informou que a implantação dependeria de interlocução com o Ministério da Defesa para definição das áreas de instalação de antenas, uma vez que as áreas são de responsabilidade da Marinha e do Exército.

240. Em abril de 2015, os recintos administrados pela CDRJ e não arrendados nos portos do Rio de Janeiro e de Itaguaí foram desalfandegados pela Receita Federal em razão da não apresentação de certidões negativas de débitos fiscais. O desalfandegamento prejudica operadores que deixam de utilizar o cais público e ainda importadores e exportadores que deixam de dispor de tais áreas para armazenamento temporário.

241. Apesar de a CDRJ dispor de receita suficiente para manutenção da infraestrutura de acesso terrestre e aquaviário (receita anual com tarifas de R\$ 70 milhões em 2016) e ainda de contratos de arrendamento (R\$ 240 milhões/ano), em razão de despesas com ações judiciais e outras dívidas/despesas, a Autoridade Portuária não consegue manter as instalações portuárias em nível adequado para seus usuários, como, por exemplo, o acesso de trens limitado a uma única linha no Porto de Itaguaí/RJ.

242. Gestores e arrendatários elencam a burocracia inerente da administração pública como uma das causas desses problemas. Além disso, citam a falta de capacidade financeira para não aplicar recursos em infraestrutura, a falta de autonomia e de continuidade na gestão portuária.

243. Observa-se que a situação financeira da CDRJ tem impacto significativo na sua capacidade de manter suas instalações portuárias. Dívidas cíveis referentes ao fundo de previdência Portus (R\$ 1 bilhão, sendo 175 milhões considerados incontroversos) e de *leasing* de equipamentos (R\$ 580 milhões) prejudicam o planejamento e a operação da Autoridade Portuária.

244. A elevada folha de pagamentos de pessoal (R\$ 265 milhões em 2016) consumiu grande parte da receita operacional líquida da CDRJ (R\$ 302 milhões), resultando em prejuízos frequentes na companhia. Há 2.672 ações trabalhistas ajuizadas contra a CDRJ por diversas razões, como cobrança de adicional de risco, dano moral, horas extras e acúmulo de função. O valor total estimado do passivo trabalhista é de R\$ 373 milhões.

245. A rotatividade dos gestores também foi indicada como uma das causas das dificuldades da CDRJ - de 2014 até 2017, cinco gestores passaram pela presidência da companhia, o que provocava, segundo os entrevistados, mudanças frequentes no estabelecimento de prioridades. Conforme veiculação de notícia na imprensa, a nomeação do atual diretor de gestão portuária foi questionada pelo sindicato dos portuários que o considerou inexperiente para a função de Superintendente do Porto de Itaguaí/RJ (<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/sindicato-ve-irregularidade-em-nomeacao-de-superintendente-do-porto-de-itaguaui/>, Acesso em: 9/3/2018).

246. Cabe ainda destacar a falta de interlocução entre órgãos superiores (MTPA e MD) no que diz respeito à negociação dos locais de instalação de antenas e outros equipamentos necessários para o VTMS.

247. De acordo com a CDRJ, em virtude da decisão da SRF de desalfandegar os recintos não arrendados, a movimentação de cargas no cais público apresentou redução de 75,59%. Em termos financeiros, a companhia perde mensalmente cerca de R\$ 1,5 milhão em decorrência do desalfandegamento.

248. Em razão de determinações judiciais no âmbito de ações trabalhistas, as contas bancárias da Autoridade Portuária do Rio de Janeiro foram bloqueadas em R\$ 24 milhões em 2015, R\$ 21 milhões em 2016 e cerca de R\$ 12 milhões até julho/2017.

249. Os impactos financeiros desses processos também prejudicaram ações em diversas áreas da empresa, como a tentativa de realfandegamento de trecho de cais público no Porto do Rio, pelo qual a autoridade

portuária está tendo dificuldade em efetivar o novo pedido de recinto, em vista de obrigatoriedade de aquisição de equipamentos de áudio, vídeo, armazenagem de dados digitais e rede de intercomunicação para diversas áreas, da forma como estabelece a Secretaria da Receita Federal.

250. A crítica situação financeira da CDRJ e a rotatividade de gestores impossibilitam a realização de projetos de infraestrutura necessários ao desenvolvimento do complexo portuário. Segundo a administração do porto organizado, diversos itens da programação orçamentária foram contingenciados em razão da dificuldade de recursos, dentre os quais pode-se citar:

Tabela 6- Ações contingenciadas pela CDRJ

Ação	Tipo	Valor
Corte das plataformas - Porto do Rio	Investimento	R\$ 4.000.000,00
Pavimentação asfáltica do armazém 13 ao 18 do Porto do Rio	Investimento	R\$ 918.659,67
Reforço e ampliação do cais do Porto do Rio de Janeiro	Investimento	R\$ 250.088.831,55
Manutenção das balanças - portos do Rio de Janeiro e de Itaguaí	Custeio	R\$ 230.000,00
Manutenção viária do porto de Itaguaí	Custeio	R\$ 3.000.000,00

Fonte: Companhia Docas do Rio de Janeiro
Porto de Itajaí/SC

251. De acordo com a SPI, em 1980 foi construída, a montante do Porto de Itajaí, uma estrutura (guia corrente) para proteção de seus berços de atracação. Contudo, a instalação do TUP Portonave em frente ao Porto, na margem esquerda do rio Itajaí-Açu, teria implicado a alteração hidrodinâmica do rio. Por consequência, houve a perda da função de proteção do guia corrente. Essa alteração hidrodinâmica aliada às fortes chuvas ocorridas em novembro de 2008 fez com que os berços 1 e 2 utilizados pela arrendatária APM Terminals Itajaí ruíssem e levou à necessidade de reforço dos berços 3 e 4 (porto público).

252. Em razão desses problemas estruturais o Porto de Itajaí passou a operar até recentemente com apenas um dos quatro berços de atracação, o que impactou significativamente no volume de movimentação de cargas, bem como nas receitas da arrendatária e da SPI. Durante a auditoria, dos quatro berços de atracação, apenas os dois arrendados encontravam-se em operação. Os dois berços públicos estavam em obras com conclusão prevista para maio de 2018.

253. De acordo com a autoridade portuária, a capacidade estática de armazenagem de contêineres do Porto Público de Itajaí está em aproximadamente 9.000 TEU (*Twenty-Foot Equivalent Unit* - contêiner equivalente de 20 pés), sendo que os navios que atualmente frequentam a costa brasileira possuem capacidade aproximada de 7.500 TEU. No entanto, há previsão de nova geração de navios com tamanhos de 335 a 366 metros, com capacidade aproximada de 15.500 TEU.

254. Há diminuição da competitividade em razão da ausência de equipamentos para avaliar o vento, a corrente, as ondas e a maré. Essa dificuldade foi levantada à equipe de fiscalização pela equipe de praticagem que atua no Complexo Portuário de Itajaí. A utilização de informações precisas das condições meteorológicas e de mar daria maior confiabilidade às manobras e permitiria a tomada de decisão menos restritiva da Autoridade Marítima em diálogo com a praticagem.

255. De acordo com a Autoridade Portuária, as cheias de novembro de 2008 e a alteração hidrodinâmica do rio Itajaí-Açu após a implantação do TUP na margem oposta resultaram em deficiência estrutural do porto para acostagem de navios mercantes no cais público. Essa situação provocou redução das operações e, consequentemente, da arrecadação. Por sua vez, essa última provoca a insuficiência de recursos para a manutenção das condições de operacionalidade.

256. A SPI encerrou os exercícios de 2015 e 2016 deficitária. O exercício de 2017 apresentou-se diferente, com receitas maiores do que as despesas, em razão da suspensão do contrato de dragagem de manutenção por conta da dragagem de recuperação da profundidade de 14m custeada pela Secretaria Nacional de Portos.

257. No porto de Itajaí, as falhas de infraestrutura colaboraram para a migração das cargas do Terminal da APM para o TUP Portonave, localizado na outra margem do rio Itajaí-Açu, além das questões comerciais de mercado. A queda do volume movimentado pela arrendatária APM Terminals Itajaí impacta diretamente a

situação financeira da SPI, tendo em vista tratar-se da única arrendatária.

Portos de Vila do Conde e de Belém/PA

258. No porto organizado de Vila do Conde, um dos principais entraves é a interdição do berço interno 302 em decorrência do naufrágio do navio Haidar. A embarcação com cinco mil bois afundou em outubro de 2015 e continua submersa. A contratação dos serviços de remoção está em fase de licitação.

259. A Autoridade Portuária também destacou como gargalos operacionais: (i) a restrição de acesso ao porto devido à existência de apenas uma portaria para os veículos transportadores de granel sólido, contêiner, carga viva, carga geral e granel líquido; (ii) a inexistência de sistema de gerenciamento de acesso terrestre para carga de contêineres; e (iii) a ausência de pavimentação adequada para armazenagem de carga geral e granel.

260. Os gestores do Porto de Belém apontam a necessidade de dragagem de aprofundamento e manutenção - os berços dos armazéns 8, 11 e 12 apresentam profundidade de 11m, mas o canal de acesso e a bacia de manobras possuem calado operacional limitado a 7m.

261. Na Companhia Docas do Pará também há falta de recursos para investimentos em pequenas obras de infraestrutura e modernização dos serviços prestados pela Autoridade Portuária. A CDP acumula prejuízo líquido nos anos de 2015 (R\$ 20 milhões) e de 2016 (R\$ 10,2 milhões). As demonstrações financeiras (notas explicativas) de 2015 descrevem que o prejuízo seria decorrente de despesas extras, como o citado naufrágio, despesas de energia, perdas no recebimento de clientes e honorários de sucumbência. Porém, as notas explicativas de 2016 não descrevem os motivos do prejuízo.

262. No Porto de Vila do Conde, além do berço 302, em razão da permanência dos escombros do navio Haidar, há indisponibilidade do berço 202 e limitação do aproveitamento do 402, o que acarreta aumento do tempo de espera dos navios e redução da receita da empresa, estimada em R\$ 200 mil ao mês.

263. A inexistência do sistema de gerenciamento de acesso terrestre resulta em congestionamento de veículos de carga nas vias de tráfego próximas da entrada do Porto de Vila do Conde. Estima-se que, em horário de pico, caminhões chegam a esperar por 12 horas para adentrarem ao complexo portuário.

264. A limitação de área adequada para armazenagem também prejudica a receita do Porto de Vila do Conde, enquanto a limitação da profundidade do canal de acesso ao Porto de Belém faz com que armadores de navios transfiram suas linhas para outros terminais.

Análise - Achado 2.2

265. De acordo com os entrevistados, a falta de autonomia da Autoridade Portuária e a quantidade de atores envolvidos (Antaq, Prefeitura, SNP/MTPA e órgãos intervenientes) contribuem para essa dificuldade em realizar investimentos e manter as instalações portuárias.

266. Nesse contexto, a Lei 12.815/2013 teria acentuado a falta de autonomia das Autoridades Portuárias, com a centralização de licitações e arrendamentos na Secretaria de Portos enquanto a análise de projetos de investimento e a fiscalização das atividades portuárias foram atribuídas à Antaq.

267. A existência de diversos atores participando de atividades complexas, como os procedimentos licitatórios para arrendamento de terminais ou investimentos de infraestrutura de grande porte, resulta em entraves burocráticos que tendem a alongar, pela quantidade de envolvidos, o prazo de implementação das atividades. Para resolver essa situação, um dos agentes poderia assumir as atividades de outro a fim de simplificar o processo de determinada atividade, como sugerido por um dos entrevistados.

268. Entretanto, conforme se observa no estudo do BNDES (VIEIRA *et al*, 2012) concluído em novembro de 2012 e, portanto, antes da promulgação da nova Lei dos Portos, em capítulo que trata de arrendamento de instalações operacionais, uma das críticas mais contundentes à época era a lentidão dos trâmites internos da Autoridade Portuária, então responsável pela elaboração dos estudos, que ela mesma realizava ou contratava, e submetia à sua Diretoria Executiva (Direxe) e ao Conselho de Administração (Consad). O estudo também cita a falta de capacidade de realização e avaliação crítica de EVTEAs e a postura comercial passiva das Autoridades Portuárias. Além desses problemas, o estudo reporta lentidão de análise da Antaq e do TCU e as frequentes judicializações dos processos de arrendamento. Desse modo, verifica-se que a reclamação quanto à morosidade e burocracia do processo é anterior à edição da nova Lei.

269. O estudo apresenta também que dificuldades de ordem financeira e a falta de planejamento adequado afetam a execução de investimento e manutenção da infraestrutura portuária. Ressalta ainda como consequências do problema o descumprimento de cláusulas dos contratos de arrendamento (por exemplo, relativas a um calado operacional prometido pelo concedente), resultando em penalização da Autoridade Portuária; aumento dos custos de manutenção, uma vez que manutenções corretivas são mais caras e interrompem operações; maior degradação das infraestruturas, requerendo dispêndios mais vultosos, incorrendo

em restrições orçamentárias e dependência de recursos da União; e transferência da tarefa da manutenção para os arrendatários em troca de compensações em tarifas, resultando em perda de autonomia da AP e em riscos de que as manutenções não sejam completas ou beneficiem apenas alguns agentes privados do porto, em detrimento de outros.

270. No que diz respeito ao desempenho financeiro das Autoridades Portuárias, o estudo descreve que a antiga Lei dos Portos (Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993) resultou em redução significativa de suas receitas, por deixarem de movimentar as cargas. Relembra também que a Empresa de Portos do Brasil S.A. (Portobrás) foi responsável pela gestão do sistema portuário nacional de 1975 a 1990, quando foi extinta e seus empregados foram transferidos para as administrações hidroviárias e companhias docas, a maioria para a CDRJ, que recebeu 162 servidores.

271. O estudo propõe o saneamento dos passivos presentes nos balanços das Companhias Docas visando a disponibilização de recursos para a realização de investimentos e melhorias da gestão financeira dos portos públicos. Segundo o documento, a recuperação partiria da definição quanto à gestão da Autoridade Portuária, que poderia ser: i) concedida a uma instituição privada, por meio de contrato de concessão; ii) explorada por uma instituição pública, por meio de contrato de gestão; iii) delegada a um ente federativo; ou iv) delegada a um ente federativo e concedida a uma instituição privada.

272. Segundo o estudo, o saneamento financeiro poderia ser feito por intermédio da concessão ou delegação da administração da Autoridade Portuária, em que o ‘delegatário’ assumiria os passivos (integral ou parcialmente), ou pela transferência dos passivos a uma nova empresa pública que geriria o pagamento pela criação de um fundo.

273. Atualmente, o MTPA está avaliando a possibilidade de delegar competências às administrações dos portos organizados. Dentre as atividades passíveis de delegação estão a realização de procedimentos licitatórios, a gestão e a fiscalização de contratos de arrendamento de instalações portuárias.

274. A delegação de competências pode resultar em maior eficiência no caso de portos como o de Paranaguá, em que a Autoridade Portuária dispõe de maior autonomia financeira para realização de projetos. Entre 2011 e 2017, a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) realizou investimentos de R\$ 800 milhões na modernização e manutenção de infraestrutura portuária com recursos próprios.

275. No entanto, tendo em conta a situação financeira das Autoridades Portuárias examinadas, não se sabe de onde as companhias docas poderão obter recursos para assumirem tais atividades. Ademais, a inclusão de mais atores no processo de arrendamento e, portanto, de mais níveis de avaliação e decisão, poderá trazer mais ineficiência e riscos ao sistema, pelo aumento de tempo de análise dos processos, ou pelo exame superficial, no caso de inexistência de recursos humanos capacitados para realização das atividades.

276. Convém ressaltar que, consoante Decreto 9.035, de 20 de abril de 2017, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão é o órgão responsável pela formulação de diretrizes, coordenação e definição de critérios de governança corporativa das empresas estatais federais e pela administração patrimonial da União. Nesse sentido, compete à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST/MPDG) participar em atividades relativas a processos de modelagem e desenvolvimento de operações que tenham como objetivo a desestatização, a reestruturação, a fusão, a incorporação, a cisão e a liquidação de empresas estatais federais (art. 41, inciso V), solicitar a elaboração e acompanhar a execução de planos de ação para melhoria da gestão e da eficiência das empresas estatais (art. 41, inciso XIII), e à Secretaria do Patrimônio da União, a promoção do controle dos imóveis utilizados em serviço público (art. 31, inciso IV).

277. Em vista do exposto, a fim de realizar investimentos e a manutenção de suas instalações de infraestrutura necessárias às operações do porto verifica-se necessária a recuperação financeira da Autoridade Portuária. Desse modo, entende-se pertinente **recomendar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno:**

a) à Codesp, CDRJ e CDP que, em conjunto com o ministério supervisor (MTPA), elaborem plano de ação, com indicação de etapas intermediárias, responsáveis e prazos, para saneamento financeiro da empresa, em especial com relação às despesas de pessoal e às dívidas cíveis e trabalhistas, sem desconsiderar a possibilidade de desestatização da companhia, e o apresentem ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG) para avaliação e acompanhamento;

b) à Companhia Docas do Pará que realize estudo de viabilidade técnica e econômica para a dragagem de aprofundamento do canal de acesso ao Porto de Belém

c) à Codesp e à CDRJ que se articulem com o MTPA, MPDG e o Ministério da Defesa a fim de definirem os locais onde devem ser instalados os equipamentos de VTMS.

278. Cabe ainda **determinar, com base no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que as Companhias Docas apresentem, no prazo de trinta dias, plano de ação contendo denominação dos responsáveis (nomes e cargos) e prazos para implementar as recomendações ou apresentar justificativa pela não implementação.**

279. Com o saneamento financeiro das entidades, será possível à autoridade portuária realizar a manutenção de suas instalações e os investimentos necessários para ampliação da capacidade operacional. Com a diminuição dos custos de manutenção, também será possível ampliar investimentos, ainda que de baixo valor. Mais, a atuação conjunta entre companhias docas, SNP/MTPA, Ministério da Defesa e MPDG poderá agilizar a definição dos locais de implantação do VTMS.

280. Importante registrar que a atual gestão da CDRJ apresentou, como complemento à sua manifestação inicial ao relatório preliminar, um plano de reestruturação financeira em consonância com a recomendação acima, que reflete a disposição dessa autoridade portuária em ampliar receitas e em reduzir custos e despesas.

281. O documento ressalta que os atuais contratos de arrendamento embutem as tarifas portuárias de acesso e controle aquaviário nos pagamentos feitos pelos arrendatários à autoridade portuária. Com efeito, armadores que atracam em determinados terminais nos portos do Rio de Janeiro estão isentos ou recebem descontos no pagamento das tarifas referentes à utilização da infraestrutura aquaviária, o que termina por limitar a receita da companhia.

282. O referido plano de reestruturação, aprovado pelo Conselho de Administração da CDRJ em abril de 2018, contempla a proposta de revisão dessas cláusulas contratuais, a fim de reestabelecer o equilíbrio econômico dos contratos de arrendamento, inclusive em eventuais análises de pedido de renovação antecipada. O plano ainda considera a redução de gastos com folha de pagamentos e do passivo trabalhista, bem como a negociação dos contratos de leasing e de securitização.

283. A respeito da rotatividade de gestores, cabe lembrar que o art. 17 da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, estabelece requisitos, como experiência profissional e formação acadêmica compatíveis com o cargo para o qual foi indicado, para a escolha de membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, das estatais.

284. Conforme o art. 91 do normativo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista constituídas anteriormente à vigência da Lei deverão promover as adaptações necessárias no prazo de 24 meses. Após análise do relatório preliminar desta fiscalização, a SEST/MPDG esclareceu que o art. 30 do Decreto 8.945, de 27 de dezembro de 2016, normativo que regulamentou a Lei 13.303/2016, descreve que os requisitos e vedações para administradores e conselheiros são de aplicação imediata e devem ser observados nas nomeações e eleições realizadas a partir da data de publicação do Decreto.

285. Assim, aqueles que assumiram os cargos anteriormente à vigência da Lei 13.303/2016 e do Decreto 8.945/2016 podem continuar nos cargos no prazo estabelecido, devendo se submeter aos novos mandamentos em caso de recondução ou assunção a novo cargo.

286. Com efeito, não se vislumbra, neste momento, necessidade de ação desta Corte sobre a gerência das companhias docas. Frise-se, em razão da relevância da eficiência da operação portuária para o desenvolvimento regional e nacional, ser imprescindível que os administradores dos portos tenham conhecimento do setor e capacitação adequados a uma gestão portuária eficiente.

Achado 3: Fragilidades na atuação da Anvisa na emissão da Licença de Importação

287. Neste achado são descritas cinco situações relativas ao processo de emissão da Licença de Importação (LI) pela Anvisa.

288. Inicialmente cabe destacar a situação encontrada, ainda na fase de planejamento da auditoria, após as visitas ao Posto da Anvisa em Santos/SP e à Gerência Geral de Portos, Aeroportos, Fronteiras e Recintos Alfandegados (GGPAF), localizada em Brasília.

289. Após a realização de diversas reuniões com atores do mercado portuário (ABTP, Usuport, ABTRA e outros) restou claro que, naquela época (agosto de 2017), entre todos os intervenientes para o desembaraço de mercadorias importadas, a Anvisa era considerada o órgão que apresentava mais reclamações por parte dos importadores, devido ao tempo despendido para a emissão da LI.

290. Em alguns postos da Anvisa, tais como no Porto de Santos/SP, o tempo médio de espera pela LI ultrapassava, em alguns casos, trinta dias.

291. A imprevisibilidade no prazo para emissão da Licença pela Anvisa, bem como a grande demora nessa liberação, geram grandes transtornos no mercado importador, tais como: (i) aumento do custo de importação, haja vista a necessidade de pagamento de tarifa de armazenagem de um longo período e *demurrage*,

ambos não incluídos no THC; (ii) necessidade de manutenção de alto nível de estoques pelas empresas importadoras, com o intuito de manter a disponibilidade da mercadoria; (iii) deslocamento de mercadorias para portos onde o posto da Anvisa é mais ágil, desequilibrando negativamente a competição entre portos; e (iv) consequentemente, o aumento do chamado custo Brasil.

292. Outro aspecto que chamou atenção, à época das visitas exploratórias na fase de planejamento, foi o fato de que as instalações da Anvisa em Santos/SP tinham sofrido um pequeno incêndio, o que dificultava os trabalhos dos seus servidores no local, haja vista a falta de rede de internet. Nessa situação, de forma a viabilizar a continuidade dos trabalhos, foi adotada a realização de teletrabalho por quase todos os servidores daquele Posto.

293. Isso corroborou para outra constatação, visto que, no Porto de Santos/SP, a realização de inspeções físicas, antes do incêndio, conforme informado em entrevistas, girava em torno de 2% das LI analisadas. Após o incêndio, com o deslocamento dos servidores para o teletrabalho e sem que houvesse nova rotina pré-estabelecida, esse índice de inspeções físicas ficou reduzido a próximo de zero.

294. Verificou-se, ainda, que a Anvisa não adotava nenhum tipo gestão de risco quando da análise das LI, atuando praticamente de forma cartorária, apenas verificando documentos de todas as solicitações. De fato, a Anvisa não adotava a gestão de risco em nenhuma das etapas do processo de emissão de LI.

295. Em consequência da ausência de gestão de risco e de controles internos eficazes no processo de emissão de LI, a atividade de fiscalização sanitária encontra-se exposta à possibilidade de situações adversas, como se pode observar em duas ocasiões recentes em que fiscais da Anvisa foram presos por suposto favorecimento a despachantes e empresários na emissão de LIs, com a liberação de produtos sem fiscalização adequada. São exemplos as notícias publicadas em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/11/funcionarios-da-anvisa-sao-presos-durante-operacao-da-policia-federal.html> e <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/05/pf-prende-funcionarios-da-anvisa-e-policiais-federais-no-porto-do-rio.html>.

296. Passa-se então à análise específica das situações encontradas em relação ao processo de emissão de LI pela Anvisa.

Achado 3.1 - Baixa realização de inspeções físicas e ausência de critérios predefinidos para a realização de inspeções físicas

297. A inspeção física consiste na observação *in loco* pelos fiscais da Anvisa das mercadorias para as quais foram solicitadas a emissão da LI. De acordo com a Resolução-RDC 81/2008, da Anvisa, a inspeção física é o ‘conjunto de medidas destinadas a verificar o atendimento à legislação sanitária vigente’. Essa inspeção tem como objetivo verificar a veracidade das informações prestadas documentalmente, além de se avaliar eventuais riscos sanitários. Por meio dela, é possível coletar amostras dos produtos e/ou realizar outros testes sanitários, sempre com o intuito de eliminar ou prevenir riscos à saúde pública do país.

298. Durante a execução da auditoria, por meio de entrevistas com servidores, verificou-se que a Anvisa realiza, em média, inspeções físicas em 4% das cargas sujeitas ao processo de emissão de LI. Alguns postos, tais como o de Santos/SP, realizam inspeções físicas em aproximadamente 1% das cargas.

299. A título de comparação, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) realiza inspeções físicas em aproximadamente 10% das cargas sujeitas ao seu controle, conforme informado pelo órgão.

300. Ainda não existem critérios objetivos definidos (normatizados) para a execução de inspeções físicas nas cargas, cabendo a decisão pela sua realização ou não de acordo com os critérios pessoais de cada fiscal. Dessa forma, é possível que um fiscal inspecione fisicamente 100% das cargas e outro nunca o faça. Ressalta-se que existem divergências de critérios até mesmo entre servidores do mesmo Posto da Anvisa.

301. A definição de critérios objetivos para a realização das inspeções físicas tem o condão de dar mais segurança e previsibilidade nas análises dos processos de emissão de LI, além de trazer qualidade a essas análises, com benefícios tanto para os agentes fiscalizadores quanto para os proprietários das cargas.

302. Importante destacar que a Receita Federal do Brasil realiza inspeções físicas nas cargas importadas com base em parâmetros objetivos e pré-definidos, baseados, principalmente, em gestão de risco, conforme Instrução Normativa SRF 680/2006, art. 21, 22 e 23, abaixo transcritos:

‘Art. 21. Após o registro, a DI será submetida a análise fiscal e selecionada para um dos seguintes canais de conferência aduaneira:

I - verde, pelo qual o sistema registrará o desembaraço automático da mercadoria, dispensados o exame documental e a verificação da mercadoria;

II - amarelo, pelo qual será realizado o exame documental, e, não sendo constatada irregularidade, efetuado o desembaraço aduaneiro, dispensada a verificação da mercadoria;

III - vermelho, pelo qual a mercadoria somente será desembaraçada após a realização do exame documental e da verificação da mercadoria; e

IV - cinza, pelo qual será realizado o exame documental, a verificação da mercadoria e a aplicação de procedimento especial de controle aduaneiro, para verificar elementos indiciários de fraude, inclusive no que se refere ao preço declarado da mercadoria, conforme estabelecido em norma específica.

§ 1º A seleção de que trata este artigo será efetuada por gerenciamento de riscos, com auxílio dos sistemas da RFB, e levará em consideração, entre outros, os seguintes elementos:

I - regularidade fiscal do importador;

II - habitualidade do importador;

III - natureza, volume ou valor da importação;

IV - valor dos impostos incidentes ou que incidiriam na importação;

V - origem, procedência e destinação da mercadoria;

VI - tratamento tributário;

VII - características da mercadoria;

VIII - capacidade organizacional, operacional e econômico-financeira do importador; e

IX - ocorrências verificadas em outras operações realizadas pelo importador.

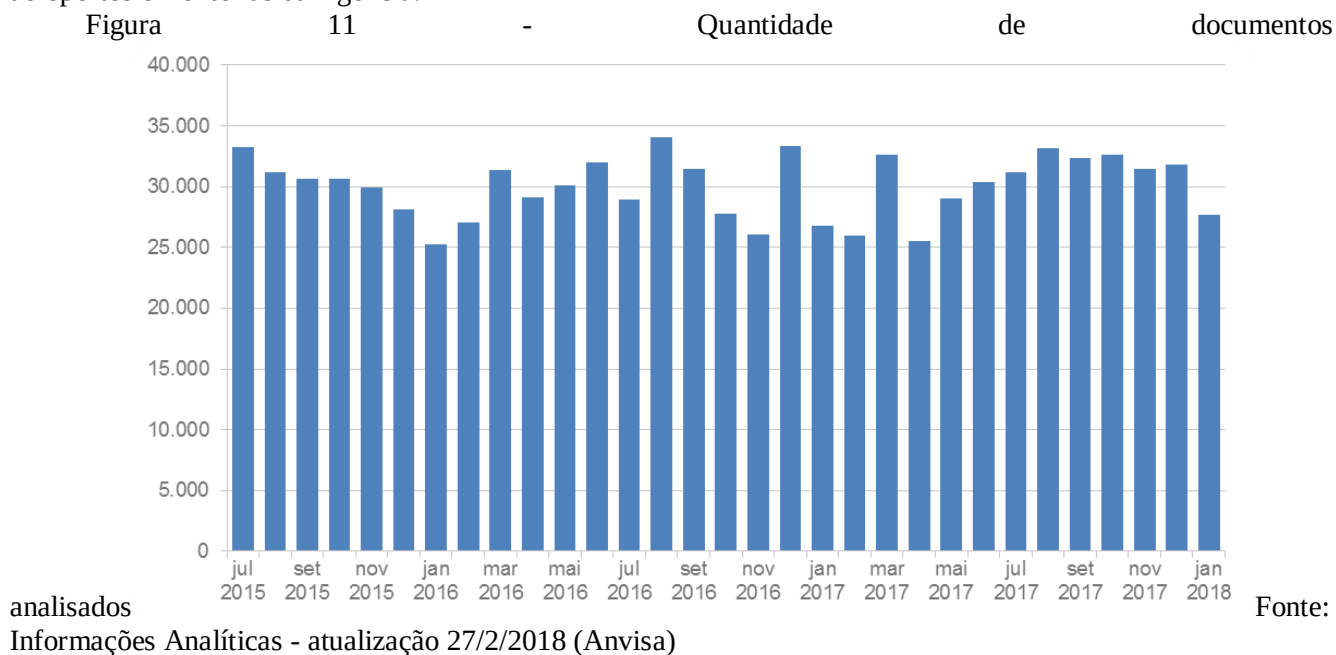
§ 2º A DI selecionada para canal verde, no Siscomex, poderá ser redirecionada para outro canal de conferência aduaneira durante a análise fiscal, quando forem identificados indícios de irregularidade na importação.

Art. 22. As declarações de importação selecionadas para conferência aduaneira serão distribuídas para os Auditores-Fiscais da Receita Federal (AFRF) responsáveis, por meio de função própria do Siscomex.

Art. 23. Na hipótese de constatação de indícios de fraude na importação, independentemente do início ou término do despacho aduaneiro ou, ainda, do canal de conferência atribuído à DI, o servidor deverá encaminhar os elementos verificados ao setor competente, para avaliação da pertinência de aplicação de procedimento especial de controle.

303. O princípio da eficiência também deve ser usado como critério para a atuação da vigilância sanitária, haja vista que é constitucional e mandatório para a Administração Pública. A ausência de parâmetros predefinidos pela Anvisa, em nível central, para a realização de inspeções físicas traz prejuízo à eficiência, uma vez que a falta de padronização pode acarretar maior custo (tempo de avaliação).

304. O grande volume de LI a serem analisadas pelos fiscais, atualmente, também pode dificultar a realização de inspeções. A Figura 11 mostra a quantidade de documentos analisados pela área de portos, aeroportos e fronteiras da Agência.



305. No que tange a esse aspecto, é importante salientar que, durante a confecção deste Relatório, a

Anvisa informou estar adotando uma nova sistemática para análise das LI com objetivo de aumentar o número de inspeções. Nessa nova metodologia, os processos de emissão de LI passam a ser distribuídos a células, as quais possuem servidores espalhados pelo país em regime de teletrabalho. Essas células serão especializadas em determinados tipos de produtos, atuando apenas nesses grupos de mercadorias, não importando o local onde se encontra a carga sob análise.

306. Nessa nova sistemática, haverá também equipes de fiscais lotados nos Postos da Anvisa em portos e aeroportos e que ficarão responsáveis apenas pela realização de inspeções físicas. Dessa forma, o fiscal da célula, ao identificar a necessidade de realização de inspeções, utilizará sistema específico para essa solicitação (sistema SEI), a qual será atendida pela equipe dedicada a inspeções nos postos locais da Anvisa. Esse novo modo de operação está previsto para ser totalmente implantado a partir de 1º/3/2018 e, desse modo, impossibilita a análise de seus resultados ainda nesta auditoria.

307. A despeito da implantação da nova sistemática, a ausência de critérios objetivos e predefinidos permanece. É possível, entretanto, que o volume de inspeções físicas aumente em decorrência do novo procedimento.

308. Ainda entre as causas para a baixa realização de inspeções físicas encontra-se também a dificuldade de locomoção do agente até as cargas, haja vista que, em alguns portos, o Posto da Anvisa não se localiza dentro do complexo portuário, conforme relatado por algumas equipes da Agência de Vigilância Sanitária.

309. O quantitativo inadequado de inspeções ou a realização sem critérios preestabelecidos pode resultar em aumento do risco sanitário, devido à possibilidade de mercadorias ingressarem no país sem o necessário controle. Há também a possibilidade de ‘risco moral’ para importadores que, cientes da baixa capacidade de ação fiscalizatória por meio de inspeção física, providenciam documentação mínima suficiente para o desembaraço aduaneiro da mercadoria, ainda que esta não atenda à legislação sanitária vigente.

Achado 3.2 - Ausência de realização de gestão de riscos na análise para emissão da LI

310. Conforme descrito, a Anvisa não possui, até o presente momento, normas publicadas e em vigência com definições claras e objetivas para a gestão dos riscos no processo de análise para emissão da LI.

311. Importante ressaltar que o gerenciamento de risco é um processo detalhado em documento publicado pelo *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (Coso), com nome de Gerenciamento de Riscos Corporativos - Estrutura Integrada (2004). Nesse documento consta a afirmação (p. 19):

‘O gerenciamento de riscos corporativos é um processo conduzido pelo conselho de administração, pela diretoria executiva e pelos demais empregados, e aplicado no estabelecimento de estratégias por meio de toda a organização. (...) o processo permite o gerenciamento de riscos de forma compatível com o apetite a risco da organização e, ainda, possibilita um nível razoável de garantia em relação à realização dos seus objetivos.’

312. A Norma ABNT NBR ISO 31000:2009 fornece princípios e diretrizes para que uma entidade pública ou privada possa implementar a gestão de risco. Consoante o documento, a gestão de riscos contribui para a realização dos objetivos e a melhoria do desempenho referente, por exemplo, à segurança e saúde das pessoas, à segurança, à conformidade legal e regulamentar, à eficiência nas operações e à governança. Além disso, a gestão de riscos faz parte das responsabilidades da administração e é parte integrante de todos os processos organizacionais, incluindo o planejamento estratégico e todos os processos de gestão de projetos e gestão de mudanças.

313. Cabe ainda registrar a recente publicação do Decreto 9.203, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O *caput* do art. 17 do normativo determina que:

A alta administração das organizações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos que possam impactar a implementação da estratégia e a consecução dos objetivos da organização no cumprimento da sua missão institucional.

314. Assim, a adoção da gestão de riscos pela Anvisa no processo de emissão da LI atenderia a um mandamento normativo, além de estar alinhada às melhores práticas, conforme consignado pelo Coso e pela ABNT.

315. Guardadas as devidas diferenças entre as organizações privadas e a Anvisa, o gerenciamento de riscos, conforme exposto acima, poderia ser perfeitamente organizado no processo de emissão de LI, de forma que os riscos sanitários aceitáveis pela Anvisa fiquem sempre dentro do apetite a risco da própria Agência e do

país.

316. Forçoso também citar que a Receita Federal do Brasil, de acordo com o já exposto no tópico anterior, realiza seu processo de desembaraço aduaneiro de forma a considerar os riscos envolvidos. Ressalvadas as diferenças de atuação entre ambas as instituições, a Secretaria da Receita Federal poderia ser utilizada como exemplo para a adoção desse processo, uma vez que também se trata de um órgão anuente na cadeia de comércio exterior.

317. O estabelecimento de política de gestão de risco, além de planejar a forma de utilização dos recursos humanos e materiais da Anvisa, possibilitaria a realização de análises mais eficientes e efetivas na emissão da LI, de forma que não seria mais necessário analisar a documentação de todos os processos, como é feito atualmente, concentrando os recursos em determinados casos mais críticos. Dessa forma, pode-se reduzir, em última análise, o risco sanitário do país, ao viabilizar a alocação da força de trabalho nos pedidos de emissão de LI com maior potencial de risco.

318. A adoção de tal política traria também o incremento da sensação de controle por parte dos importadores, que, por sua vez, aumentariam os esforços para ter sempre seus processos regulares e, por fim, pode contribuir para diminuir o risco sanitário do país nas importações.

319. Nesse contexto, é importante ressaltar que, durante a elaboração deste relatório, foi publicada pela Anvisa a Consulta Pública 455, de 28/12/2017, com proposta de nova resolução de diretoria colegiada (RDC) sobre o gerenciamento de risco sanitário aplicado às atividades de controle e fiscalização, na importação de bens e produtos sob vigilância sanitária. Essa RDC adequaria, com diversas alterações e melhorias processuais, a vigente RDC 81/2008. Como a nova resolução ainda não foi publicada, optou-se por manter o achado.

320. Entre as causas para a não adoção da gestão de risco, podem-se citar dificuldades técnicas, em virtude da grande quantidade de produtos sob fiscalização da Anvisa; a necessidade de incrementos tecnológicos nos sistemas da autarquia e, até mesmo, a possível inércia de gestores anteriores.

321. Registra-se, por oportuno, que a atual gestão da Anvisa, durante a execução da presente auditoria, vem adotando diversas ações para melhoria do processo de emissão da LI, como por exemplo a ação citada nos §§ 305 e 306 deste relatório, entre outras.

322. A ausência de gestão de risco ocasiona a necessidade de avaliação documental de todos os processos de importação. Como exemplo de utilidade da implantação de gestão de risco nesse processo, citam-se empresas que realizam milhares de importações por ano e possuem bom histórico de atendimento às posturas sanitárias. Essas empresas, poderiam, em tese, ser candidatas a terem seus processos analisados de forma expedita, ou por meio da utilização de amostragem estatística.

323. Outro possível efeito da falta da gestão de risco nesse processo seria a avaliação superficial de processos com maiores riscos sanitários, além, é claro, do aumento do tempo médio para liberação das cargas nos portos pela Anvisa, com a emissão da LI, visto a necessidade de avaliação integral de todos os processos.

Achado 3.3 - Ausência de padrões objetivos para orientação dos fiscais quando da análise das LI

324. Durante as entrevistas realizadas nos postos da Anvisa e na GGPAF verificou-se que não existem parâmetros claros e objetivos para orientação dos servidores na análise dos processos de LI, tais como procedimentos operacionais padronizados ou qualquer tipo de manual operacional. Assim, cada fiscal adota seu próprio critério e padrão de análise, o que resulta em diferenças na análise até mesmo entre fiscais do mesmo posto, conforme relatado pelos atores do setor portuário.

325. A situação agrava-se, ainda, pois foi relatado que os fiscais aprendem o trabalho de maneira empírica, sem nenhum tipo de treinamento ou curso para a realização da atividade fiscalizatória, conforme declarado pelos servidores durante as visitas na fase de execução desta auditoria.

326. Como evidência, entre os integrantes da célula de análise de LI relacionadas a produtos para saúde, que atuam em regime de teletrabalho em sua maioria, verificou-se que a média de não anuência da LI entre eles é de aproximadamente 5% do total de LI analisada. Entretanto, a atuação de alguns servidores foge bastante desse patamar, sendo que, em alguns casos, determinados servidores apresentam uma média de rejeição acima de 20% das cargas analisadas.

327. Considerando que esses servidores recebem LI de forma aleatória e sempre relacionadas a produtos da saúde, é possível que alguns servidores estejam analisando os processos de forma mais exigente que outros servidores, ressaltando, assim, a falta de padrões objetivos.

328. A utilização de procedimento operacional padrão, também conhecido como instrução de trabalho ou norma operacional, busca garantir a qualidade de execução e o alcance do resultado de determinado processo.

329. Cabe destacar que a cartilha do Governo Federal chamada de 'Guia de Gestão de Processos do

Governo' (2011) preconiza que os processos governamentais devem ser padronizados a fim de se obter economia de escala e base para o aprendizado por meios comuns e experiências.

330. Cita-se que a principal causa para essa situação seja a diversidade de produtos sob fiscalização da Anvisa, que vai de um simples cotonete até um tomógrafo, passando por medicamentos e suplementos alimentares. Com essa multiplicidade de produtos sob sua responsabilidade, torna-se mais difícil criar padrões claros e objetivos nas análises realizadas pelos fiscais.

331. A ausência de critérios e/ou padrões objetivos e claros na atuação dos fiscais, quando da análise da LI, pode criar insegurança para os usuários, além de eventuais prejuízos, haja vista a possibilidade de demora acentuada na emissão da Licença, incrementando os gastos dos importadores com armazenagem, por exemplo, e também a possibilidade de servidores atuarem de maneira diferenciada perante o mesmo importador com exigências distintas, mesmo sendo do mesmo Posto. Assim, corre-se o risco, por exemplo, de um servidor aceitar determinado documento e outro servidor não aceitar, fazendo algum tipo de exigência adicional ao importador.

332. Além do efeito citado acima, essas incongruências podem provocar desgaste da imagem da Anvisa perante os usuários do sistema portuário e a sociedade em geral.

333. Dessa forma, constata-se que a padronização de processos tem o potencial de trazer diversos benefícios, como os já descritos acima.

334. Durante a fase de execução da auditoria, a Anvisa informou ter implantado um ambiente virtual em que seus servidores podem trocar informações a respeito dos processos de LI, de maneira mais rápida e fácil (sistema Teams). Apesar dessa boa prática, não deixa de ser necessária a padronização dos procedimentos na análise da LI pelos servidores da Anvisa, de modo a evitar ou minimizar a ocorrência dos riscos citados.

Achado 3.4 - Insuficiência de mecanismos na aferição da qualidade das análises para emissão da LI

335. Durante as entrevistas, verificou-se que não existem controles implantados e em funcionamento de forma a avaliar a qualidade das análises realizadas nos processos de emissão da Licença de Importação pela Anvisa. Ou seja, não existe nenhum tipo de verificação posterior das análises realizadas pelos fiscais para emissão da LI.

336. Segundo os gestores da Agência, a tendência na análise documental dos processos de LI é a utilização do teletrabalho pelos servidores, que terão metas de produção diárias, assim, torna-se fundamental o estabelecimento de rotinas que visem assegurar a qualidade dos trabalhos.

337. Um dos maiores riscos seria o servidor não conferir a documentação, não realizar a análise pertinente e simplesmente emitir a LI.

338. Entretanto, acredita-se que o risco mais comum ocorreria quando servidores bem intencionados deixam de atuar de maneira correta por desconhecerem determinadas normas.

339. Além de ajudar a manter a qualidade na análise dos processos pelos fiscais, a implantação de mecanismos de aferição de qualidade também pode ser utilizada como fonte de informações para posteriores *feedbacks* aos servidores e até mesmo para o planejamento de treinamentos, visando a melhoria contínua dos trabalhos e, em última análise, aprimorando o processo fiscalizatório e diminuindo o risco sanitário do país.

340. Ademais, entre referenciais teóricos, pode-se citar outro documento publicado pelo Coso, denominado Coso I (1992), no qual o último dos componentes da estrutura de controle interno é exatamente 'Atividades de monitoramento'. Conforme o próprio nome do componente preceitua, o Coso ensina que uma organização utiliza avaliações contínuas para se certificar da eficácia dos controles, além de proporcionar informações oportunas aos dirigentes da organização.

Achado 3.5 - Sistema de peticionamento eletrônico da Anvisa instável e não integrado ao Portal Único de Comércio Exterior

341. O Portal Único do Comércio Exterior, instituído pelo Decreto 8.229, de 2 de abril de 2014, é um sistema de tecnologia da informação mediante o qual operadores e intervenientes do comércio exterior podem encaminhar documentos ou dados exigidos pelas autoridades competentes para importação, exportação ou trânsito de bens a um único ponto de entrada acessível por meio da internet. Uma das mais importantes finalidades do portal é evitar a prestação repetida de informações a sistemas de diversos órgãos públicos, e assim minimizar a burocracia para os importadores e exportadores.

342. Cumpre lembrar que o Tribunal realizou Auditoria de Natureza Operacional para avaliação da governança da política pública no tratamento administrativo do comércio exterior - Portal Único do Comércio Exterior, da Relatoria do Exmo. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, tendo sido prolatado o Acórdão 2.744/2015-TCU-Plenário.

343. Consta do *decisum* recomendação (subitem 9.2) à Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e à Receita Federal do Brasil, órgãos componentes do Comitê Gestor do Siscomex, que informassem aos órgãos e entidades anuentes acerca da necessidade de previsão orçamentária específica para a implementação do Programa Portal Único do Comércio Exterior, especialmente quanto ao desenvolvimento de solução de tecnologia interna adequada ao sistema *single window* a ser desenvolvido, resguardando, dessa forma, o cumprimento dos objetivos do programa. No âmbito do TC 016.280/2017-2, a SecexDesenvolvimento está realizando acompanhamento das ações relativas à implantação do programa.

344. O componente do sistema relativo às importações (Novo Processo de Importações) encontra-se em desenvolvimento, sob a coordenação da Secretaria de Comércio Exterior e da Receita Federal do Brasil, com previsão de conclusão em dezembro de 2018.

345. O Sistema de Peticionamento é um serviço disponibilizado pela Anvisa que permite à empresa importadora formalizar seu pedido junto à Agência. Nesse sistema, são fornecidas informações pelo interessado por meio do preenchimento de formulários específicos; ocorre a geração de Guia de Recolhimento da União (GRU) para pagamento da Taxa de Fiscalização em Vigilância Sanitária (TFVS), quando houver; e é necessário disponibilizar documentos previamente informados ao interessado (*checklist*) relacionados ao Código de Assunto da petição a ser realizada.

346. Verificou-se que o peticionamento eletrônico para emissão da LI é feito por meio de diferentes sistemas não integrados, de forma que o operador necessita acessar dois sistemas: Datavisa (gerido pela Anvisa) e Siscomex (gerido pela Receita Federal). A questão se agravou ainda mais com a entrada em vigor (desde novembro de 2017) do formulário eletrônico no Datavisa (por meio do sistema de peticionamento eletrônico), obrigando o operador a preencher novamente diversas informações relativas à importação no sistema da Anvisa.

347. A utilização de sistemas não integrados para solicitação de emissão de LI é diametralmente oposta ao principal objetivo do Portal Único do Comércio Exterior, que é evitar que o usuário preencha as mesmas informações diversas vezes em diferentes sistemas. A necessidade de acesso a dois sistemas (Datavisa e Siscomex) também dificulta e atrapalha o processo, haja vista que possuem lógicas, controles e funcionalidades diferentes, gerando retrabalho e perda de tempo para os operadores, além de aumentar o risco de falhas no preenchimento dos formulários.

348. Entre as causas para essa situação, pode-se elencar a dificuldade na integração nas diferentes linguagens nos sistemas de informação para viabilizar soluções a esta situação.

349. Em suma, observou-se na Anvisa as seguintes fragilidades referentes ao processo de emissão do Licenciamento de Importação: i) ausência de critérios predefinidos para a execução de inspeções físicas nas cargas, além do baixo percentual de inspeções físicas; ii) gerenciamento de riscos ainda não implementado; iii) falta de parâmetros claros e objetivos para orientação dos servidores na análise dos processos de LI; iv) inexistência de controles para avaliar a qualidade das análises realizadas nos processos de emissão da LI; e v) instabilidade do sistema de peticionamento eletrônico, bem como sua falta de integração ao Portal Único do Comércio Exterior.

350. Em vista do exposto, entende-se pertinente **recomendar à Anvisa, com base no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU que:**

a) adote providências no sentido de integrar o sistema de peticionamento eletrônico para emissão do licenciamento da importação ao Portal Único do Comércio Exterior, articulando-se, para tanto, com a Secretaria de Comércio Exterior e a Secretaria da Receita Federal do Brasil;

b) aprimore o processo de emissão de LI, considerando os seguintes aspectos:

b.1) adoção de critérios e orientações padronizadas para a realização de inspeções físicas;

b.2) adoção da gestão de risco para análise dos processos de emissão de LI, considerando, ao menos, as particularidades dos produtos importados e do importador;

b.3) estabelecimento de procedimentos operacionais padrão e/ou manuais operacionais, de modo que as ações relacionadas aos licenciamentos de importação sob vigilância sanitária sejam realizadas de forma padronizada, à exceção dos casos com particularidades comprovadamente justificadas; e

b.4) adoção de rotina para aferição da qualidade das análises realizadas nos processos de emissão de LI, utilizando as informações geradas como instrumento para *feedback* e treinamento permanente do corpo de fiscais.

351. Convém ainda **determinar, com base no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que a Anvisa apresente, no prazo de 30 dias, plano de ação contendo**

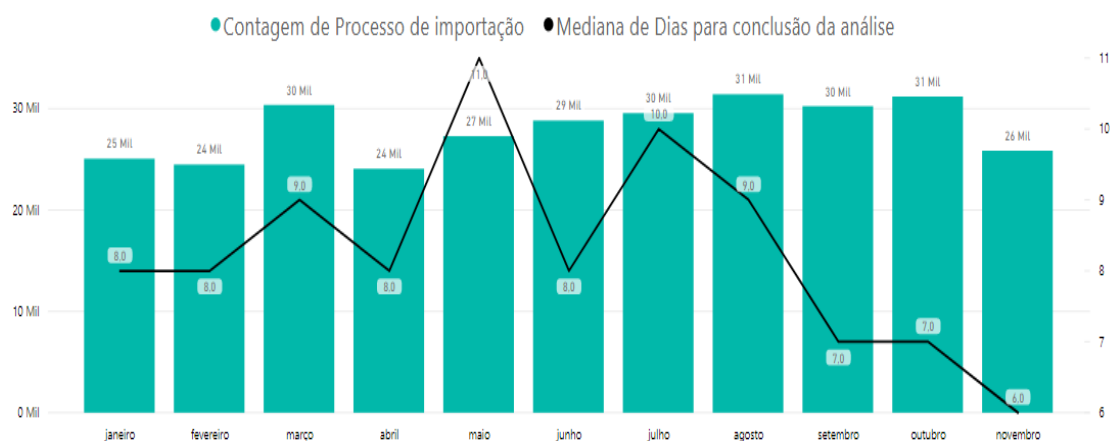
indicação de etapas intermediárias, responsáveis e prazos, para implementação das medidas acima ou justificar a não implementação.

352. A partir dessas propostas espera-se: (i) a diminuição do tempo médio para emissão da LI; (ii) a uniformização de ação dos fiscais quando da análise da documentação de importação; (iii) o aumento da eficiência e eficácia das análises; e (iv) a melhoria na qualidade das análises na emissão da LI.

353. Relevante destacar que, durante a etapa de execução da auditoria, foi identificada como possível objeto de recomendação a exclusão da necessidade de apresentação do documento de averbação da presença de carga no terminal portuário, quando da entrada do pedido de emissão de LI. No entanto, em 5/1/2018 foi editada e publicada a RDC 208/2018, regulamento em que a Anvisa exclui essa necessidade até então vigente, deixando mais célere o processo e viabilizando que os importadores deem entrada no processo de emissão da LI com a carga ainda em trânsito (desembarço sobre águas).

354. Por fim, há que se registrar que a situação encontrada no início da presente auditoria (agosto de 2017) é bastante diferente da situação observada quando da fase de elaboração deste relatório. Foram realizadas diversas mudanças regulamentares, sendo que, em curto período de tempo, já se pode observar alguns resultados, como, por exemplo a média no tempo de emissão de LI. Em julho de 2017, o tempo de emissão da licença era de dez dias, e em novembro essa média havia caído para seis dias, num universo de aproximadamente trinta mil processos de importação por mês. A Figura 8 apresenta a evolução da autarquia na análise dos processos de importação.

Figura 12 - Tempo médio (dias corridos) na análise dos processos de importação



OBS: O cálculo dos dias para conclusão da análise é feito a partir do protocolo do processo no DATAVISA até sua conclusão, deferimento ou indeferimento, excluídos os dias entre a colocação do processo em exigência até o aditamento do cumprimento de exigência.

Fonte: Apresentação Anvisa - Usuport/RJ

BENEFÍCIOS DO CONTROLE

355. No que se refere aos benefícios do controle, o cumprimento das determinações e recomendações propostas em decorrência desta fiscalização terá o condão de fomentar a redução do tempo e do custo de movimentação de mercadorias nos portos brasileiros.

356. Importante ressaltar a efetiva ocorrência de benefício quando da alteração da Norma da Anvisa RDC 81/2008, por meio da RDC 208/2018, que dispensou a necessidade da averbação de presença de carga para o início do processo de emissão de Licença de Importação, para cargas submetidas a controle sanitário. Com o novo regramento, é possível reduzir o prazo de armazenamento da mercadoria importada e assim diminuir o tempo e o custo da movimentação.

357. Em relação às Autoridades Portuárias, o cumprimento das recomendações contempladas neste relatório, mormente a proposta de saneamento financeiro das companhias, permitirá a autossuficiência de recursos para realizar a manutenção de suas instalações e os investimentos necessários à ampliação da capacidade operacional.

358. A recomendação de dragagem de manutenção em conjunto com outros portos poderá promover a diluição dos custos de mobilização/desmobilização dos equipamentos e, com isso, reduzir os valores dispendidos nessa imprescindível atividade de recuperação das profundidades. Ao considerar parâmetros propostos por terminais/operadores, o tempo de interrupção dos berços de atracação será mitigado, o que



permitirá maior eficiência na movimentação portuária.

359. Por fim, a definição de metodologia para tratar denúncias de abusividade e de prática contra a modicidade tarifária pode trazer como benefícios a padronização da análise da Antaq sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais no segmento de contêiner, encaminhando a atuação da Agência para a harmonização dos interesses dos atores do setor portuário.

COMENTÁRIOS DOS GESTORES

360. Com o objetivo de possibilitar aos gestores se manifestarem sobre as questões analisadas, a versão preliminar deste relatório foi remetida ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária; às Companhias Docas de São Paulo, Rio de Janeiro, do Pará e à Superintendência do Porto de Itajaí. A CDRJ, a Antaq, o MPDG e o MPTA apresentaram suas manifestações no prazo de 15 dias estabelecido no ofício que encaminhou o relatório preliminar.

361. De maneira geral, os manifestantes concordaram com os pontos abordados no relatório e fizeram ponderações com relação a pontos específicos do documento. Uma análise mais detalhada dos pontos abordados foi incluída no apêndice deste relatório (IV - Manifestação dos Gestores sobre o Relatório Preliminar), inclusive com os comentários da Codesp realizados após a apresentação da matriz de achados no painel de referência.

362. A Autoridade Portuária do Rio de Janeiro ressaltou que os valores vinculados à cobrança das tarifas pela utilização da infraestrutura aquaviária foram incluídos nos contratos firmados com seus arrendatários, de forma distinta do que ocorreu em contratos de arrendamento em outros grandes portos organizados brasileiros. Assim, a CDRJ não cobra o uso da estrutura aquaviária dos armadores que se destinam a esses terminais. Além disso, Companhia Docas informou ter iniciado estudos para alterar os contratos de arrendamento, de forma a se inserir aditivo que vise atualizar a movimentação mínima contratual, a fim de elevar a receita da Autoridade Portuária.

363. A Antaq reconheceu ainda não dispor de metodologia e instrumentos para aferir abusividade de preços e informou que a proposta de encaminhamento estaria alinhada com as providências pretendidas pela agência reguladora. Todavia, apresentou críticas quanto à representatividade das associações dos usuários consultadas, ao não aprofundamento de temas como políticas públicas, praticagem e burocracia, e quanto à ausência de menção, no relatório de auditoria, sobre as iniciativas adotadas pela Agência.

364. A SEST/MPDG destacou que o plano de ação para recuperação de uma estatal se insere no âmbito da gestão da própria empresa, cabendo apenas a ela apresentar proposições para sanar as deficiências. Registrou que o órgão elaborou modelo de sistemática para determinação de atributo de dependência e previsão de etapa com vistas à recuperação e melhoria da empresa, o que resultou no encaminhamento de Projeto de Lei 9.215/2017, que dispõe sobre a verificação da situação de dependência e sobre o plano de recuperação e melhoria empresarial aplicável às empresas estatais federais.

365. Quanto à aplicabilidade temporal da Lei 13.303/2016 em relação aos membros do Conselho de Administração e indicados para cargos de diretor de estatais, esclareceu que o art. 30 do Decreto 8.945/2016 descreveu que os requisitos e vedações para administradores e conselheiros são de aplicação imediata e devem ser observados nas nomeações e eleições realizadas a partir da data de publicação do decreto. Desse modo, aqueles que assumiram os cargos anteriormente à vigência da Lei 13.303/2016 e do Decreto 8.945/2016, podem continuar nos cargos pelo prazo estabelecido, devendo se submeter aos ditames da nova Lei e do decreto em eventual recondução ou assunção de novo cargo.

366. O MPTA apresentou ofício com as manifestações de diversas áreas do órgão, como a Secretaria de Política e Integração (SPI), Secretaria de Fomentos e Parcerias (SFP), e da Secretaria Nacional de Portos (SNP). Apenas a Coordenação Geral de Desempenho e Tecnologia em Informações Portuárias ressaltou que os trabalhos de implementação do Projeto de Modernização e Gestão Portuária (PMGP) nas Companhias Docas tiveram continuidade em 2017.

367. A Anvisa registrou que o teletrabalho para análise de processos de importação teve início em novembro de 2017. Essa informação diverge do constatado durante a fiscalização, quando se verificou que servidores da Agência lotados em Santos/SP relataram à equipe de auditoria, em setembro de 2017, que estavam efetuando suas atividades em regime de teletrabalho, devido ao incêndio ocorrido no posto da Anvisa. De qualquer modo, a divergência das datas do início do teletrabalho em nada altera as conclusões alcançadas pela equipe de auditoria ou a proposta de encaminhamento.

368. A Anvisa também recomendou incluir a participação da Secex/MDIC e da Receita Federal na elaboração de seu plano de ação para integração do sistema de peticionamento eletrônico ao Portal Único.

Todavia, em caso de intercorrências, como eventual restrição ao acesso de dados que prejudique a implementação do plano de ação, o monitoramento desta Corte de Contas das deliberações realizadas seria suficiente para atuar na correção de ocasionais desvios.

369. A Companhia Docas do Pará trouxe informações novas acerca dos gargalos que impactam a eficiência de seus portos, como a estimativa de receita anual de R\$ 583 milhões que deixa de ser auferida em razão de ociosidade de áreas. A documentação fornecida pela autoridade portuária durante a execução da auditoria não aborda o problema. Cumpre ressaltar que esse tema será abordado no levantamento acerca da ociosidade das áreas operacionais e não operacionais de portos públicos (TC 031.797/2017-2), conforme Comunicação do Exmo. Ministro Bruno Dantas, proferida e aprovada na sessão ordinária realizada no dia 20/9/2017.

370. A concentração de receita em poucos clientes pode vir a comprometer as finanças da CDP, o que reforça a necessidade de ação com vistas ao saneamento financeiro da estatal. Importante destacar que a mineradora Hydro Alunorte, responsável por 57% da receita do porto de Vila do Conde, apresentou vazamento de rejeitos químicos e contaminou leitos d'água em fevereiro de 2018. Em caso de responsabilização da arrendatária por dano ambiental, a receita da CDP ficaria comprometida.

371. A autoridade portuária paraense também informa que seu Conselho de Administração deliberou por determinar à diretoria da CDP que elaborasse plano de ação para redução de despesas e aumento da eficiência operacional e administrativa. O referido plano de ação é de curto prazo (2018) e dependente de ações da própria estatal. O plano de ação para saneamento sugerido pela equipe de auditoria é mais amplo e encampa a possibilidade de ações de outros órgãos de planejamento, como o MTPA, sendo o fórum pertinente para se analisar a viabilidade de opções ao arrendamento, razão pela qual mantém-se a proposta de encaminhamento inicialmente feita.

CONCLUSÃO

372. O presente trabalho teve por objetivo avaliar gargalos operacionais que impactam a eficiência de portos públicos, com o intuito de identificar oportunidades de redução de tempo de liberação de cargas e de custo para o usuário (importador e exportador). Para tanto, o escopo foi concentrado na atuação de Autoridades Portuárias (Companhia Docas de São Paulo, Companhia Docas do Rio de Janeiro, Companhia Docas do Pará, Superintendência do Porto de Itajaí/SC), de órgãos anuentes (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e reguladores/fiscalizadores (Agência Nacional de Transportes Aquaviários).

373. A partir de entrevistas com gestores de órgãos e entidades públicas e privadas, verificou-se que muitos problemas apontados diziam respeito a ineficiências que resultavam em aumento no tempo e no custo para o usuário dos portos durante o trâmite da carga, desde a chegada do navio até o desembarque completo, no caso da importação; e na chegada da carga no porto até o embarque desta, no caso da exportação.

374. Constatou-se que a Antaq ainda não dispõe de instrumentos adequados para o tratamento das denúncias recebidas sobre abusividade de tarifas e preços. Nas análises realizadas pela Agência sobre as denúncias, verificou-se a falta de: i) procedimento formalmente definido e padronizado para avaliação da abusividade de tarifas e preços; e ii) acompanhamento sistemático, pela Antaq, dos custos de movimentação de contêiner, o que subsidiaria a análise de abusividade de tarifas e preços.

375. Observou-se que análises sem embasamento em diretrizes transparentes e previamente estabelecidas e sem rigor metodológico elevam o risco de tomada de decisões diferentes em situações parecidas, levando, ao final, para falta de harmonização dos objetivos entre usuários e terminais portuários. Com isso, cresce a percepção, por parte dos usuários donos de carga, de falha na atuação regulatória da Antaq por análise não exauriente das demandas de usuários/empresas arrendatárias, sem a harmonização dos interesses.

376. Desse modo, com vistas a harmonizar objetivos de usuários e empresas concessionárias arrendatárias na movimentação de contêiner, propõe-se determinar à Antaq que: i) desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários; ii) regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos dos terminais; e estabeleça medidas para acompanhar o comportamento dos preços e tarifas praticados.

377. Percebeu-se também que as denúncias sobre eventual prática de preços abusivos têm relação com a edição da Resolução-Antaq 2.389/2012, que procurou regulamentar a prestação de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres nos terminais de portos organizados. A principal discussão se refere aos serviços não contemplados no *Box Rate* (cesta de serviços), cobrados pelos terminais dos usuários donos de carga, em valores sem regulação de preços e supostamente em duplicidade, uma vez que se discute se tais serviços foram ou não objetos de cobrança por meio do THC.

378. Para tentar pacificar a questão, a Gerência Portuária da Antaq apresentou a Nota Técnica 48/2015, com proposta de revisão da Resolução-Antaq 2.389/2012. Porém, apenas em maio de 2018, a autarquia divulgou o Aviso de Audiência Pública 4/2018, com o intuito de obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento da proposta de revisão da Resolução-Antaq 2.389/2012. Resta, assim, dar ciência à Agência de que a baixa celeridade processual na análise da proposta de alteração da Resolução contraria o princípio da duração razoável do processo, bem como não contribui para a harmonia dos objetivos dos atores do setor portuário.

379. Com relação à questão da cobrança pela prestação de serviços básicos de operação portuária e armazenagem, porém não incluídos no *Box Rate*, observou-se que tal situação resulta na elevação dos custos finais de importação de contêiner e pode ofender as diretrizes legais estabelecidas na Lei 12.815/2013 combinada com a Resolução 3.274/2014. Tal prática decorre possivelmente de abuso de posição dominante de mercado, por parte do terminal portuário, sobre o usuário.

380. Na escalada de preços verificada após a edição a Resolução-Antaq 2.389/2012, percebeu-se ainda prática de se realizar cobrança *ad valorem*, em adição à cobrança por unidade de contêiner, com efeito de se majorar os preços ao final pagos pelos usuários, desconsiderando os benefícios decorrentes do uso do contêiner, por permitir padronização no manuseio e agilidade nas operações portuárias. Por isso, foi proposta recomendação à Antaq para que esta considere a possibilidade de regulamentar a prática de cobrança de valores *ad valorem* sobre movimentação e armazenagem de contêineres, não descartando a possibilidade de impedir tal prática.

381. A implementação das determinações e recomendações propostas visa contribuir para a gestão da Antaq, por meio da definição de metodologia específica para análise sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais no segmento de contêiner.

382. No que concerne às Autoridades Portuárias, constatou-se que a atuação da Companhia Docas do Rio de Janeiro, da Superintendência do Porto de Itajaí e da Companhia Docas do Estado de São Paulo não assegura a manutenção da geometria dos canais marítimos de acesso aos portos e dos berços de atracação. Praticamente todos os atores entrevistados descreveram que a dragagem inadequada ou inexistente correspondia ao maior gargalo de infraestrutura, motivo pelo qual foi destacado dos demais achados.

383. A redução das profundidades impacta negativamente a operação de terminais, provoca a limitação da carga dos navios e o encarecimento dos custos logísticos, além da redução da receita da própria autoridade portuária, que deixa de auferir receita de seus usuários (terminais, operadores e armadores).

384. Observou-se que a experiência internacional aponta para a possibilidade de realizar as dragagens de diversos portos de maneira conjunta, bem como a dragagem de recuperação decorrente de enchentes. Com isso, a mobilização e a desmobilização das dragas, valores relevantes dos custos, podem ser diluídos entre portos. Verificou-se também ser possível estimular a eficiência de campanhas de dragagem por meio da remuneração variável, de que trata a Lei 12.462/2011 (Lei do RDC) e considerar os parâmetros de eficiência propostos pelos terminais portuários.

385. Nesse sentido, entende-se oportuno e adequado recomendar às autoridades portuárias que avaliem a possibilidade de dragagem de manutenção em conjunto com outros portos. Também se mostra pertinente recomendar às autoridades portuárias que considerem os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das instalações portuárias, bem como a possibilidade de remuneração variável de que trata a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011. Ainda em relação à dragagem, propõe-se dar ciência à Codesp de que a profundidade de determinados berços de atracação não corresponde às previstas em projeto.

386. A implementação das medidas acima tem o potencial de diluição dos custos de mobilização/desmobilização dos equipamentos e, com isso, obter redução dos valores de contratos de dragagem. Ao se considerar parâmetros propostos por terminais ou operadores, o tempo de interrupção dos berços de atracação poderá ser reduzido, o que permitirá maior eficiência na movimentação portuária.

387. Constatou-se também que as administrações dos portos organizados de Santos, Rio de Janeiro, Itaguaí, Itajaí, Belém e Vila do Conde não conseguem realizar as atribuições previstas em seus estatutos ou regimentos, especialmente investimentos e manutenção de instalações de infraestrutura necessárias às operações do porto.

388. A principal causa identificada recai sobre a situação financeira das autoridades portuárias examinadas. Em vista disso, propõe-se recomendar às companhias docas (Codesp, CDP e CDRJ) que, em conjunto com o MTPA, elaborem plano de ação para saneamento financeiro da estatal, sem desconsiderar a

possibilidade de desestatização, conforme estudos já realizados, e que encaminhem o referido plano ao MPDG para avaliação e acompanhamento.

389. Também foi verificado que a CDRJ e a Codesp ainda não implementaram o VTMS (*Vessel Traffic Management Information System* - Sistema de informação e gerenciamento de tráfego de embarcações), por indefinição do local onde os equipamentos (antenas) deverão ser instalados. Em vista dessa situação, propõe-se recomendar a essas autoridades portuárias que articulem com o MTPA, SPU e o Ministério da Defesa os locais onde devem ser instalados os equipamentos necessários ao VTMS.

390. A implementação dessas recomendações tem potencial de tornar possível à autoridade portuária realizar a manutenção de suas instalações e os investimentos necessários para ampliação da capacidade operacional. Sem o saneamento financeiro das estatais, a União continuará a aportar recursos de maneira eventual nas companhias docas para amortização de passivos ou realização de investimentos, ainda que de baixo valor.

391. Com relação aos anuentes, ou seja, os agentes que atuam na liberação das cargas, verificou-se que a Anvisa era o que mais demorava, chegando a até trinta dias para emitir a licença de importação, à época da fiscalização. Observou-se que a emissão dessa licença para produtos sujeitos à vigilância sanitária não era automática, sendo necessária a presença de determinados produtos em território nacional para o desembaraço.

392. Porém, a situação mudou neste ano, com a edição da RDC 208/2018, que dispensou a necessidade da averbação de presença de carga para o início do processo de emissão de Licença de Importação, para cargas submetidas a controle sanitário pela Anvisa.

393. Cabe destacar que, durante a fiscalização, foi possível acompanhar o esforço da Anvisa para mitigar os problemas que elevam o tempo de emissão da LI. Além da publicação do referido normativo, a autarquia implantou sistema de teletrabalho para reduzir filas de análise de processos.

394. Contudo, fragilidades relativas ao processo de emissão do Licenciamento de Importação ainda permanecem na Anvisa: i) ausência de critérios predefinidos para a execução de inspeções físicas nas cargas, além do baixo percentual de inspeções físicas; ii) gerenciamento de riscos ainda não implementado; iii) falta de parâmetros claros e objetivos para orientação dos servidores na análise dos processos de LI; iv) inexistência de controles para avaliar a qualidade das análises realizadas nos processos de emissão da LI; e v) instabilidade do sistema de peticionamento eletrônico, bem como sua falta de integração ao Portal Único do Comércio Exterior.

395. Em vista desses problemas remanescentes, propõe-se recomendar à Anvisa que adote providências no sentido de integrar o sistema de peticionamento eletrônico para emissão do licenciamento da importação ao Portal Único do Comércio Exterior, articulando-se, para tanto, com os órgãos gestores do referido sistema (Secretaria de Comércio Exterior e a Secretaria da Receita Federal do Brasil).

396. Também será proposto recomendar à autarquia que aprimore o processo de emissão de LI, considerando, a adoção de critérios e orientações padronizadas para a realização de inspeções físicas, a adoção de gestão de risco para análise dos processos de emissão de LI, o estabelecimento de procedimentos operacionais padrão e/ou manuais operacionais, além da adoção de rotina para aferição da qualidade das análises realizadas nos processos de emissão de LI.

397. Com a implementação dessas recomendações será possível a uniformização de ação dos fiscais, o aumento da segurança sanitária, o aumento da eficiência e eficácia dos trabalhos, além da melhoria da qualidade das análises na emissão de LI.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

394. Ante o exposto, submete-se este relatório à consideração superior com a proposta de:

a) Determinar à **Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq)**, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU que:

a.1) no prazo de **180** dias, desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários, na movimentação de contêiner, com vistas a harmonizar objetivos de usuários e prestadores de serviço, preservado o interesse público, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/2001;

a.2) no prazo de **180** dias, regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos relativos à movimentação de contêiner, com vistas a subsidiar as análises de abusividade de preços e tarifas de terminais e operadores portuários, considerando referenciais de eficiência, nos termos do inciso IV do art. 11 da Lei 10.233/2001;

a.3) no prazo de **180** dias, estabeleça medidas para acompanhar, de forma sistemática, o comportamento dos preços e tarifas praticados no segmento de contêiner, nos termos do inciso II do art. 27 da Lei 10.233/2001.



a.4) . No prazo de **30** dias, apresente ao TCU plano de ação com vistas a evidenciar como se dará o atendimento às determinações acima, designando as tarefas a serem executadas, os responsáveis por tais medidas (nomes e cargos) e o prazo para suas implementações;

b) Recomendar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno:

b.1) à **Companhia Docas do Estado de São Paulo** que:

b.1.1) em conjunto com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, avalie a possibilidade de adotar a dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, bem como considere a possibilidade de utilizar a dragagem de recuperação em virtude das enchentes ou outros fenômenos hidrológicos em seus contratos de dragagem de manutenção, à semelhança das realizadas em experiências internacionais (EUA e Austrália);

b.1.2) considere os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das operações portuárias, bem como a possibilidade de remuneração variável de que trata a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011;

b.1.3) em conjunto com o ministério supervisor, elabore plano de ação para saneamento financeiro da estatal, em especial com relação às dívidas cíveis e trabalhistas, sem desconsiderar a possibilidade de desestatização da companhia, e encaminhe o referido plano ao Min. do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para fins de análise e acompanhamento;

b.1.4) se articule com o ministério supervisor, a Secretaria de Patrimônio da União (SPU) e o Ministério da Defesa a fim de definir os locais onde os equipamentos de VTMS devem ser instalados.

b.2) à **Companhia Docas do Rio de Janeiro** que:

b.2.1) em conjunto com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, avalie a possibilidade de adotar a dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, bem como considere a possibilidade de utilizar a dragagem de recuperação em virtude das enchentes ou outros fenômenos hidrológicos em seus contratos de dragagem de manutenção, à semelhança das realizadas em experiências internacionais (EUA e Austrália);

b.2.2) considere os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das operações portuárias, bem como a possibilidade de remuneração variável de que trata a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011.

b.2.3) em conjunto com o ministério supervisor, elabore plano de ação para saneamento financeiro da estatal, em especial com relação à folha de pagamentos e às dívidas cíveis e trabalhistas, sem desconsiderar a possibilidade de desestatização da companhia, e encaminhe o referido plano ao Min. do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para fins de análise e acompanhamento;

b.2.4) se articule com o ministério supervisor, a Secretaria de Patrimônio da União (SPU) e o Ministério da Defesa a fim definir os locais onde os equipamentos de VTMS devem ser instalados.

b.3) à **Companhia Docas do Pará** que:

b.3.1) em conjunto com o ministério supervisor, elabore plano de ação para saneamento financeiro da estatal, em especial com relação à folha de pagamentos e às dívidas cíveis e trabalhistas, sem desconsiderar a possibilidade de desestatização da companhia, e encaminhe o referido plano ao Min. do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para fins de análise e acompanhamento; e

b.3.2) elabore estudo de viabilidade técnica e econômica para a dragagem de aprofundamento do Porto de Belém.

b.4) à **Superintendência do Porto de Itajaí** que:

b.4.1) em conjunto com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, avalie a possibilidade de adotar a dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, bem como considere a possibilidade de utilizar a dragagem de recuperação em virtude das enchentes ou outros fenômenos hidrológicos em seus contratos de dragagem de manutenção, à semelhança da realizada em experiências internacionais (EUA e Austrália);

b.4.2) considere os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das operações portuárias, bem como a possibilidade de remuneração variável de que trata a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011.

b.5) à **Agência Nacional de Vigilância Sanitária** que:

b.5.1) adote providências no sentido de integrar o sistema de peticionamento eletrônico para emissão do licenciamento da importação ao Portal Único do Comércio Exterior, articulando-se, para tanto, com a Secretaria



de Comércio Exterior e a Secretaria da Receita Federal do Brasil;

b.5.2) aprimore o processo de emissão de Licenciamento de Importação (LI), considerando os seguintes aspectos:

b.5.2.1) adoção de critérios e orientações padronizadas para a definição de realização de inspeções físicas;

b.5.2.2) adoção da gestão de risco para análise dos processos de emissão de LI, considerando, ao menos, as particularidades dos produtos importados e do importador;

b.5.2.3) estabelecimento de procedimentos operacionais padrão e/ou manuais operacionais, de modo que as ações relacionadas aos licenciamentos de importação sob vigilância sanitária sejam realizadas de forma padronizada, à exceção dos casos com particularidades comprovadamente justificadas; e

b.5.2.4) adoção de rotina para aferição da qualidade das análises realizadas nos processos de emissão de LI, utilizando as informações geradas como instrumento para *feedback* e treinamento permanente do corpo de fiscais.

b.6) à **Agência Nacional de Transportes Aquaviários** que regulamente a prática de cobrança de valores *ad valorem* sobre movimentação e armazenagem de contêineres, não descartando a possibilidade de impedir tal prática;

c) Determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à **Companhia Docas do Estado de São Paulo**, à **Companhia Docas do Rio de Janeiro**, à **Companhia Docas do Pará**, à **Agência Nacional de Vigilância Sanitária** e à **Agência Nacional de Transportes Aquaviários** que encaminhem a este Tribunal, no prazo de 30 dias, plano de ação, com indicação de cronograma, etapas intermediárias, atividades e responsáveis, para a implementação das recomendações contidas nos subitens b.1.3), b.1.4), b.2.3), b.2.4), b.3.1), b.3.2), b.5.1), b.5.2) e b.6), conforme a competência, ou justificativa sobre a decisão de não implementar tais recomendações;

d) Dar ciência à **Companhia Docas do Estado de São Paulo**, nos termos do art. 4º da Portaria-Segecex 13/2011, de que a profundidade dos berços de atracação relacionados a seguir não corresponde às previstas em projeto (relação dos berços: AL 01, AL 02, AL 03, AL 04, BTP 01, BTP 02, BTP 03, AGE0 01, CS 01, VALONGO, ARM 10, ARM 11, ARM 13/14, ARM 15, ARM 16/17, ARM 19, CURVA 23, OUTEIRINHOS 03, OUTEIRINHOS 02(MB), OUTEIRINHOS 01(MB), ARM 33/34, 37 Pto 1 e 2, TERMAG, TGG, TECON 4, e TECON 3), em afronta ao art. 4º, inciso XVI, de seu estatuto social.

d) Dar ciência à **Agência Nacional de Transportes Aquaviários**, nos termos do art. 4º da Portaria-Segecex 13/2011, que a baixa celeridade processual na análise da proposta de alteração da Resolução-Antaq 2.389/2012 contraria a Constituição Federal de 1998, art. 5º, inciso LXXVII, que assegura a todos razoável duração do processo, bem como não contribui para a harmonia dos objetivos dos atores do setor portuário, em oposição à Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea b).

e) Encaminhar cópia da decisão que vier a ser adotada pelo Tribunal, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentarem, e do inteiro teor do presente relatório para os seguintes destinatários:

e.1) Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil;

e.2) Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão;

e.3) Agência Nacional de Transportes Aquaviários;

e.4) Agência Nacional de Vigilância Sanitária;

e.5) Companhia Docas do Estado de São Paulo;

e.6) Companhia Docas do Rio de Janeiro;

e.7) Companhia Docas do Pará;

e.8) Superintendência do Porto de Itajaí;

e.9) Secretaria da Receita Federal do Brasil; e

e.10) Secretaria de Comércio Exterior.

f) Autorizar a SeinfraPortoFerrovia a autuar processo de monitoramento da implementação das deliberações presentes no acórdão que vier a ser proferido, com a inclusão de definição de plano de divulgação dos resultados alcançados; e

g) Arquivar os presentes autos após as comunicações, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.”

4. Transcrevo, ainda, por sua relevância como embasamento dos achados identificados, o Apêndice II do Relatório de Auditoria:

“II – Processos da Antaq acerca de denúncias de usuários

Processo 50301.00181/2014-61

Nesse processo, que trata de denúncia sobre suposta cobrança indevida de serviços como “gerenciamento de risco”, “adicional de segregação da Anvisa”, e cobrança de “liberação de DTA [Despacho de Trânsito Aduaneiro]” em conjunto com “Manuseio de carga e desconsolidação NVOCC”, a Antaq não avaliou custos das rubricas “Adicional de Segregação Anvisa” e “Liberação de DTA”.

Segundo o denunciante, a movimentação de sua carga (escova de dentes) custava R\$ 1.250,00 em dezembro de 2013 e passou a custar R\$ 4.070,65 em janeiro de 2014. Não houve, no referido processo, a comparação de preços entre terminais concorrentes ou avaliação de custos dos serviços. Ainda há informação de que o processo 50300.000311/2014-76, que avalia o reajuste das tabelas do terminal, limitou o reajuste a 10%, índice que reflete o índice de inflação IGP-M. Em conclusão, nesta denúncia, a Antaq avaliou apenas a pertinência dos serviços, deixando de avaliar custos e até mesmo o preço dos serviços impugnados (modicidade).

Processo 50303.002450/2014-12

Nesse processo, que trata de denúncia de majoração abusiva de preços de serviços portuários praticados pelo Terminal de Uso Privado Portonave, em Navegantes/SC, verificou-se que a Antaq realizou apenas uma comparação regional de preços. A Nota Técnica 73/2016/GRP/SRG constante do aludido processo destaca “que a Antaq ainda não dispõe de parâmetros regulatórios que permitam quantificar objetivamente a modicidade dos preços praticados nas instalações portuárias, sejam elas públicas ou privadas”.

Em conclusão, a análise da Antaq observou tão somente a aplicação de índices de inflação (IGP-M) - não houve verificação da correspondência do aumento de preços com os custos efetivos, nem da justificativa que acompanhou o aumento. Por fim, a análise dos preços discutidos foi feita de forma regional, sem considerar aspectos concorrenciais do setor.

Processo 50300.002527/2015-57.

Nesse processo, que trata de denúncia sobre cobrança indevida de taxa de inspeção não invasiva de contêiner (scanner) no terminal de Vila Velha/ES, houve análise de custos do terminal e dos preços de terminais concorrentes (17 terminais). Nesse processo, a Antaq avaliou custos e preços dos serviços dos terminais, porém identificou grande variância de preços (R\$ 84,00 a R\$ 805,00, no serviço de escaneamento de contêiner).

A unidade técnica pronunciou-se apenas sobre os preços do terminal denunciado, embora houvesse, na amostra de terminais utilizada, operadores com preços de escaneamento significativamente superiores, mesmo com movimentação superior ao do terminal em questão. Em comparação ao processo do 50300.007611/2016-48, relativo à denúncia da CNI, a avaliação foi menos completa porque não questionou a possível abusividade de preços de outros terminais.

Processo 50300.007611/2016-48

Nesse processo, que trata de denúncia da Confederação Nacional da Indústria (CNI) sobre cobrança indevida de taxa de inspeção não invasiva de contêiner (scanner), a CNI descreve que 78% dos industriais entrevistados afirmaram em enquete que a cobrança de tal preço tem alto ou médio impacto na competitividade das importações e exportações brasileiras. A entidade destacou que o serviço não é voluntário e sim decorrente da fiscalização aduaneira. Também ressaltou que o Acórdão 3.679/2013-TCU-Plenário (Ministro Relator Aroldo Cedraz) veda a cobrança, nos Portos Secos, de prestação de atividades nas quais a sua utilização decorresse de imposição da autoridade aduaneira e da necessidade do exercício da fiscalização aduaneira (Portaria RFB 3.518/2011).

A análise da unidade responsável da Antaq (Nota Técnica 30/2017/GRP/SRG) destaca que o preço-teto de determinados terminais para o escaneamento de contêineres chega a ser 150% maior do que a média do mercado, mas que essa variação não seria tão significativa quando se comparam terminais do mesmo porto público ou da mesma região geográfica. Esse fato, segundo a nota, demonstraria que os preços praticados na atividade de inspeção não invasiva não são competitivos entre os terminais de contêineres da mesma área de influência. A nota ressalva que “os preços de tabela, no entanto, correspondem ao preço máximo, não sendo efetivamente o preço cobrado pelos terminais e considera que a avaliação dos preços praticados no mercado carece de maiores informações a respeito dos preços efetivamente cobrados - dados que, atualmente, a ANTAQ não dispõe”. A nota técnica da GRP conclui que a cobrança seria abusiva por não se poder determinar a existência de serviço quando as movimentações atreladas decorressem de obrigação legal e de risco à atividade pública delegada aos terminais portuários, seja por concessão, arrendamento ou autorização.

Por outro lado, a Superintendência de Regulação ressaltou que a forma de cobrança sugerida pela GRP, qual seja, a inclusão das despesas no Box Rate, terminaria por afetar os usuários que não utilizam tais serviços,

como exportadores para os EUA. Ressalta também a analogia do serviço de inspeção com o serviço de posicionamento de contêiner para inspeção, que é cobrado do dono da carga.

Em conclusão, dos cinco processos analisados, esse foi o único em que houve uma verificação mais aprofundada, a partir de uma avaliação das tarifas cobradas em todo o país e a estimativa dos custos de aquisição de scanners e sua amortização e manutenção (apenas informados pelos terminais, não verificados pela Agência). Nesse processo, observou-se grande discrepância dos preços praticados, que variaram entre R\$ 40,00 a R\$ 1.200,00 por contêiner, situação que sugere abusividade dos preços mais elevados praticados pelos terminais alfandegados, vez que os equipamentos de scanners têm dimensões e funcionamento parecidos, em razão da padronização oferecida pelos contêineres a serem escaneados, e normalmente têm fabricantes de mesma origem (chineses).

Depreende-se que a análise da modicidade e da abusividade de preços pode ainda ser aperfeiçoada se fossem seguidos metodologia e procedimentos padronizados na Agência.

Além dos processos já apresentados, oriundos da Superintendência de Regulação, foram verificados dois processos relativos a denúncias analisadas pela Gerência de Fiscalização Portuária da Superintendência de Fiscalização da Antaq (GFP). São eles:

Processo 0300.001510/2016-63

Nesses autos, foi tratada denúncia sobre o Terminal de Contêineres (Tecon) no Porto de Salvador, que apresentava a "janela" de recebimento de contêiner fechada, ou seja, sem ter o sistema normal de agendamento pelo website funcionando, mas seu sistema aceitava agendamento para entrega de contêiner, se fosse enquadrado em modelo identificado como "gold", mediante o pagamento de R\$ 300,00 adicionais por unidade de contêiner. O terminal havia reduzido a disponibilidade de agendamentos de 15 para 12 contêineres/h e incluído a possibilidade de mais dois contêineres por meio do agendamento "gold".

A área de fiscalização considerou procedente a denúncia e aplicou multa ao terminal, posteriormente reduzida pelo chefe da unidade. Porém, a Gerência de Fiscalização, por meio do Despacho de Julgamento 45/2017/GFP/SFC, descreveu não ter sido identificada relação entre a diminuição da oferta de janelas no horário de 7h a 19h e a cobrança da tarifa gold. Registrou que nos meses de novembro e dezembro/2015 foi realizado um total de 53 agendamentos prioritários, enquanto em fevereiro/2016 foram realizados 12 agendamentos gold e em março/2016 foram realizados 4 agendamentos até o dia 11/3/2016. Concluiu-se que a ausência dessa relação entre a redistribuição da oferta de janelas e a cobrança da tarifa gold desconfiguraria a infração descrita no auto.

Observa-se que a Gerência de Fiscalização de Portos não considerou que, em 19/2/2016, após a reclamação, o Tecon reestabeleceu a capacidade de atendimento de 15 unidades de contêiner por hora para a entrega de contêiner cheio, no horário de 7h às 19h. Esse fato aumentou a oferta de agendamentos comuns no período e, com isso, poderia diminuir a de agendamentos gold.

Desse modo, não houve análise completa da oferta e da demanda pelos serviços no período estudado. Com análise mais apurada, poder-se-ia chegar à essa conclusão, no caso em que a redução da oferta fosse decorrente da redução da demanda. Porém, a análise feita no âmbito da GFP não considera esses pontos. A adoção de procedimento formal para o tratamento desses casos que envolvam a abusividade de preços ou pertinência de serviços poderia aperfeiçoar as análises da Agência.

Processo 50300.009234/2016-81

Nesse processo, que trata de denúncia sobre a antecipação da renovação do contrato do Tecon Salvador, o usuário reclama da elevação das tarifas para fornecimento de energia para contêiner refrigerado, que teriam subido 9.000% em período de 16 anos. O denunciante destacou pesquisa do IPEA em que considera o mercado de movimentação de contêineres em Salvador não concorrencial. A análise feita pela Antaq comparou os preços efetivamente cobrados pelo Tecon Salvador com os preços máximos das tabelas de outros terminais. A própria análise da Antaq sugeriu que, por meio de gerência específica, realizasse estudos comparativos entre terminais de contêineres para identificação dos terminais que eventualmente estivessem aplicando preços não módicos para os serviços não sujeitos a *price cap* contratual.

Todavia a análise não foi feita no referido processo. Para o denunciante, caberia ao agente regulador conhecer os custos inerentes ao serviço prestado e conhecer preços de *benchmark* internacional. A denúncia era ampla, fundamentada em diversos pontos, como a falta de concorrência em Salvador, além da abusividade dos preços, todos os assuntos abordados pela equipe de fiscalização da Antaq. No entanto, a análise relativa à abusividade de preços não considerou os custos envolvidos e a comparação com os preços efetivamente

cobrados de outros terminais – a comparação ocorreu com o preço máximo estabelecido em tabela de outros terminais. Na avaliação, os técnicos registraram:

a análise da modicidade dos preços aplicados por qualquer arrendatário no que se refere a suas bases justas e avaliação se tais preços refletem a complexidade e os custos das atividades apenas pode ser feita por meio de critérios e limites previstos objetivamente no seu respectivo contrato de arrendamento ou em norma publicada pela ANTAQ, outrossim, estaria instalada relevante insegurança jurídica aos investimentos portuários. Nem o Contrato 12/2000, nem norma específica da ANTAQ estabelecem limites objetivos, sejam em valores nominais ou em margens percentuais aplicadas sobre o custo de cada atividade, para os serviços prestados pelo TECON SALVADOR sobre os quais a USUPPORT alega ausência de modicidade nos seus respectivos preços.

A afirmação corrobora a ausência de metodologia (procedimentos, critérios e limites) para analisar os custos dos serviços praticados.”

É o Relatório.

VOTO

A presente auditoria operacional teve como objetivo verificar os principais entraves, denominados “gargalos”, que impactam a eficiência dos portos brasileiros, com o intuito de identificar oportunidades de redução de tempo de liberação de cargas e de custo para o usuário. A fiscalização foi coordenada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia), com a participação das Secretarias de Controle Externo nos Estados de São Paulo, Pará, Santa Catarina e Rio de Janeiro.

2. A partir de pesquisa em extensa bibliografia sobre o tema e de entrevistas abertas realizadas com gestores de diversos órgãos e entidades privadas que atuam no setor, a SeinfraPortoFerrovia identificou relevantes ineficiências que resultam em aumento no tempo e no custo do trâmite da carga para os usuários dos portos (importador e exportador).

3. Verificou-se que as ineficiências não dizem respeito apenas ao terminal portuário, mas a todo o trâmite que acontece ao longo do ciclo de transporte de cargas em função dos portos, desde a chegada do navio até o desembarco completo dos produtos, no caso da importação, e da chegada da carga no porto até o embarque desta, no caso da exportação.

4. Nesse sentido, os exames envolveram também a atuação de anuentes, isto é, órgãos públicos que participam do processo concordando ou discordando a respeito do ingresso de mercadorias em território nacional, conforme suas respectivas áreas de atuação, tais como a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a Secretaria de Defesa Agropecuária (SDA).

5. Tendo em conta os pontos críticos levantados, e considerando a abrangência do tema e as limitações inerentes a um trabalho dessa envergadura, que congregou esforços de servidores lotados em secretarias regionais e envolveu unidades jurisdicionadas pulverizadas em diferentes estados da federação, delimitou-se o escopo da fiscalização na avaliação dos seguintes aspectos: i) atuação das Companhias Docas no provimento de infraestrutura pública dos portos organizados; ii) processo de emissão de Licença de Importação (LI) por parte da Anvisa; e iii) regulação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) sobre terminais portuários na importação e exportação de contêineres.

6. Para tanto, foi verificada a atuação da Anvisa, da Antaq e das seguintes autoridades portuárias: Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ), Companhia Docas do Pará (CDP) e Superintendência do Porto de Itajaí (SPI). Os trabalhos de campo abarcaram o período de agosto a dezembro de 2017.

7. Seguindo a metodologia de trabalho em conformidade com as Normas de Auditoria do Tribunal e com o Manual de Auditoria Operacional, foi elaborada matriz de planejamento com três questões de auditoria sobre o escopo definido, transcritas em tópico abaixo. Também foram realizados painel de referência interno, com representantes das unidades especializadas do TCU participantes do

trabalho, e painel de referência externo com especialistas e gestores envolvidos no modal de transporte marítimo, com a participação de diversos órgãos e entidades representativas do setor.

8. Foram realizadas visitas ao Porto de Santos/SP, inicialmente, e em seguida às instalações portuárias localizadas nas cidades de Rio de Janeiro/RJ, Itajaí/SC, Belém, Miramar, Outeiros e Vila do Conde, essas no Pará, as quais colaboraram para a obtenção de informações relevantes e suficientes para responder às questões de auditoria.

9. O resultado da análise das respostas recebidas e das entrevistas realizadas nos portos foi consolidado na matriz de achados, a qual foi apresentada em painel de referência externo, realizado em 2/2/2018, que também contou com a participação de diversos órgãos e entidades representativas atuantes no setor, analisando e validando o trabalho realizado. Os painéis contaram com a presença de representante da assessoria de meu gabinete, acompanhando as discussões.

10. Endosso a análise efetivada pelas secretarias instrutoras e louvo a qualidade do trabalho realizado. Observo que o direcionamento dado a essa fiscalização veio a complementar outros trabalhos de igual relevância já realizados neste Tribunal, com o enfoque de identificar falhas e fragilidades no sistema portuário brasileiro e contribuir com propostas corretivas e de aprimoramento para as questões encontradas.

11. Em especial, destaco os seguintes: i) TCs 004.662/2014-8 e 028.834/2010-0, que trataram de questões atinentes aos preços e tarifas cobrados nas operações portuárias, abordando especificamente aspectos relativos ao THC (*Terminal Handling Charge*), à modicidade tarifária e à metodologia de cálculo de preços máximos que podem ser cobrados dos usuários; ii) TC 014.624/2014-1, que tratou de auditoria operacional para avaliar os principais gargalos para liberação de carga containerizada em portos da Região Sudeste, e que também avaliou a legalidade dos termos da Resolução-Antaq 2.389/2012; e iii) TC 030.098/2017-3, acerca da legalidade dos dispositivos instituídos por meio do Decreto 9.048/2017.

12. Esses e outros processos do Tribunal demonstram a importância do papel que esta Corte exerce ao realizar o controle externo sobre a gestão e a regulação exercidas pelo Poder Público sobre as operações portuárias, cujo funcionamento mais eficiente certamente impactará positivamente o crescimento econômico brasileiro.

13. Registro, por fim, que o presente relatório se baseou na situação fática verificada nos sete portos visitados, examinada em conjunto com vasta pesquisa teórica e com informações levantadas a partir de entrevistas com diversos atores do ramo, as quais foram sistematizadas e analisadas segundo a melhor técnica de auditoria de performance adotada a nível mundial. Por tratar-se de amostra não probabilística em sede de auditoria operacional, deve-se ter o cuidado de destacar que as conclusões não podem ser automaticamente extrapoladas para todo o setor portuário. Todavia, servem de referência acerca da situação vivenciada pelos portos brasileiros.

14. É possível e até desejável que algumas fragilidades levantadas durante a etapa de execução da auditoria já estejam sendo corrigidas, a exemplo do ocorrido na Anvisa, conforme destacarei nos parágrafos relativos ao Achado 3, e no plano de reestruturação financeira apresentado pela Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ) (Achado 2). Essa evolução será devidamente acompanhada pelas unidades especializadas deste Tribunal por meio de processo de monitoramento, em consonância com a metodologia e as normas vigentes, e será oportunamente apreciada por este colegiado.

15. Passo, então, ao exame dos achados de auditoria e às propostas de encaminhamento sugeridas pela SeinfraPortoFerrovia.

II

16. A fim de detalhar o objeto de auditoria delimitado, foram definidas as seguintes questões de auditoria (figura 3 do relatório):

a) **Questão 1:** Em que medida a Antaq atua para assegurar os direitos dos usuários no que tange a evitar a abusividade de preços no segmento de contêiner?

b) **Questão 2:** Quais as principais deficiências na gestão das autoridades portuárias que afetam a eficiência operacional dos portos e o que tem sido feito para resolver?

b.1) em que medida as autoridades portuárias têm atuado para resolver os problemas operacionais de terminais/operadores/usuários?

b.2) A atuação das autoridades portuárias assegura a manutenção da geometria dos canais marítimos de acesso aos portos e dos berços?

c) **Questão 3:** Em que medida os procedimentos adotados pela Anvisa impactam o prazo de emissão da Licença de Importação nos portos?

17. A aplicação dos procedimentos de auditoria e o desenvolvimento dos trabalhos de execução, em conformidade com os normativos de auditoria operacional, levaram à identificação de três significativos achados que comportam importantes oportunidades de melhoria, consoante passo a comentar a seguir.

III

Achado 1: A atuação da Antaq não garante a harmonização de objetivos entre usuários donos de carga e empresas arrendatárias, o que possibilita a cobrança de preços abusivos no segmento de contêineres

18. Constatou-se que a Agência não possui metodologia e/ou instrumentos adequados para o tratamento das denúncias recebidas acerca de abusividade e de falta de modicidade de preços praticados por terminais de contêineres, as quais são analisadas por meio de procedimentos *ad hoc* (específicos), ou por solicitações de informações pontuais dirigidas aos terminais no que respeita aos serviços denunciados.

19. Ou seja, a Antaq não dispõe de:

a) procedimento formalmente definido e padronizado para avaliação da abusividade de preços impugnados por meio de denúncias; e

b) acompanhamento sistemático dos custos de movimentação de contêiner, o que subsidiaria a análise de abusividade dos preços impugnados.

20. Destaco que o enfoque deste trabalho se restringiu a pesquisar o método utilizado pela Agência para analisar as denúncias recebidas e harmonizar conflitos, e não à verificação quanto à legitimidade e abusividade dos preços em si, pois essa é uma atribuição da Antaq. No que concerne a esse aspecto, destaco o seguinte trecho do relatório:

“142. Além disso, o item 3.4 da Agenda Regulatória da Antaq para o Biênio 2016/2017, aprovada pela Resolução-Antaq 4.502/2015, estabelece como um dos itens da citada agenda o seguinte: ‘padronização das rubricas dos serviços básicos prestados pelos terminais de contêineres e definição de diretrizes acerca dos serviços inerentes, acessórios ou complementares’. Lembra-se que é justamente **a imprecisão na definição dos serviços (inerentes, acessórios e complementares) na importação e na exportação de contêineres pelos portos organizados que gera falta de uniformização na cobrança de preços e provoca falta de entendimento entre os agentes regulados e os usuários do setor portuário.**”

21. A definição de serviços que compõem os preços e tarifas e da abusividade dos mesmos em determinados casos concretos já foi abordada em outros trabalhos deste Tribunal, a saber: TC 004.662/2014-8, apreciado pelo Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário (Ministra Relatora Ana Arraes); TC 028.834/2010-0, julgado pelo Acórdão 1.736/2016-TCU-Plenário (Ministro Relator Raimundo Carreiro), e mantido pelo Acórdão 1.410/2017-TCU-Plenário (Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues); e TC 014.624/2014-1 (Ministra Relatora Ana Arraes), recém julgado mediante o Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário. Assim, pertinente o enfoque transversal dado ao presente trabalho que, de outra forma, buscou averiguar os métodos, normativos e práticas que norteiam a atuação da Antaq na análise de abusividade de preços, a fim de que desempenhe eficazmente suas atribuições legais.

22. Nesse sentido, o achado desta fiscalização apontou que as análises dos preços impugnados foram realizadas por meio de comparação ora com índices inflacionários, ora com custos informados pelos terminais, que não necessariamente estariam em regime de eficiência, o que contraria o disposto no art. 11, inciso IV, da Lei 10.233/2001, segundo o qual a Antaq deve assegurar que os usuários paguem pelos custos dos serviços em regime de eficiência.

23. Em outras situações, foram pesquisados preços de terminais de contêineres concorrentes e, mesmo observada grande variância nos preços pesquisados, tal fato não permitiu à Agência concluir definitivamente sobre a existência da situação de abusividade, especialmente por ausência de parâmetros para aferição da justeza dos preços cobrados.

24. Cabe lembrar que, mesmo em mercado com regime de preços relativamente livres, é obrigatória a regulação da Agência para verificar se há abuso ou outra infração à ordem econômica (Lei 12.815/2013, art. 3º, inc. II, c/c Lei 10.233/2001, arts. 27, inc. II, e 31).

25. A conclusão do achado se relaciona com casos noticiados de cobranças aparentemente abusivas, algumas relatadas no apêndice II do relatório de auditoria, as quais corroboram e podem ser consequência da deficiência metodológica do regulador para dar tratamento das denúncias recebidas acerca de abusividade e de falta de modicidade de preços.

26. A ausência de metodologia definida para a análise acerca da abusividade dos preços denunciados foi reconhecida em despacho da Superintendência de Regulação da Antaq, de 25/1/2018, que apontou a existência de pelo menos três métodos de análise de abusividade de preços: por meio da evolução do preço impugnado em comparação com as taxas de inflação do período considerado; por meio da comparação do preço questionado com os de outros terminais de contêineres; e por meio da comparação do preço com o custo informado pelo terminal. Ao final, o gestor aponta que falta definição de metodologia de análise da abusividade de preços.

27. Além da carência de metodologia para verificar possíveis abusividades nos preços praticados, a equipe de auditoria verificou que a Antaq não dispõe de ferramenta de acompanhamento periódico dos custos ou índices de custos de movimentação e armazenagem portuária no segmento de contêiner, o que prejudica a harmonização dos interesses dos atores.

28. Lembra-se que não basta à Antaq apenas conhecer os custos incorridos pelos terminais para analisar a modicidade/abusividade de preços portuários, mas que tais parâmetros sejam medidos em regime de eficiência, consoante determina a Lei 10.233/2001.

29. As informações contábeis e financeiras que embasam a análise da Antaq acerca da modicidade dos custos incorridos pelos terminais são enviadas à Agência somente quando demandadas e, via de regra, apresentadas em documentos físicos, o que não favorece a manipulação dos dados, a circularização das informações e eventual responsabilização dos terminais, no caso de fornecimento de informações incorretas.

30. Além disso, para atender ao previsto no art. 11 da Lei 10.233/2001, a Agência deve desenvolver referenciais de eficiência, pois só a partir de indicadores poderá fazer a correta avaliação dos preços praticados nos terminais.

31. Portanto, fica claro que a Antaq carece de procedimentos metodológicos padronizados e referenciais comparativos que permitam verificar, de maneira confiável e sistemática, o aspecto da modicidade tarifária.

32. Assim, acolho integralmente as propostas das unidades especializadas no sentido de **determinar** à Antaq que: i) desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários; ii) regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos dos terminais; e iii) estabeleça medidas para acompanhar o comportamento dos preços e tarifas praticados.

33. Sem prejuízo das propostas ventiladas, não posso deixar de me manifestar sobre os fortes indícios de cobranças abusivas por parte dos operadores portuários. Uma das questões que podem dar causa a essas ocorrências, de fato, é a grave deficiência dos mecanismos de regulação de preços *a posteriori*, isto é, a partir de denúncias de usuários, conforme relatado. Em que pese a providência corretiva acima sugerida, o caso merece medidas preventivas.

34. Ora, espera-se atuação forte e atenta da Antaq sobre o setor regulado para garantir adequada prestação dos serviços – entendidos, nos termos da lei, como os que satisfazem condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Nesse contexto, está incluída a obrigação de atuar para mitigar riscos de abuso

de poder econômico, ofensas à concorrência e aumentos arbitrários de lucros (Constituição Federal, art. 173, § 4º).

35. Já a legislação específica prescreve a competência da Agência em não apenas reprimir ou dirimir conflitos instaurados, mas também mitigar e agir preventivamente para evitar situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica em relação a preços e tarifas, nos termos da Lei 10.233/2001, arts. 20, inc. II, alíneas “a” e “b”, 27, inc. II, e 45, c/c Lei 12.815/2013, art. 3º, inc. II.

36. No entanto, observou-se nesta fiscalização que, por um lado, a Antaq não dispõe de mecanismos regulatórios *a posteriori* para reprimir adequadamente a ocorrência de competição imperfeita e/ou infração da ordem econômica. Por outro, a mera disposição de regramentos procedimentais sobre formas de mitigar os conflitos parece não ser capaz de cumprir o dever legal atribuído à Antaq de prevenir as imperfeições econômicas inerentes ao setor portuário.

37. A situação é agravada pela imprecisão na definição dos serviços (indispensáveis, acessórios e complementares) aplicáveis à importação e na exportação de contêineres pelos terminais arrendados, o que gera falta de uniformização na cobrança de preços e provoca problemas de entendimento entre os agentes regulados e os usuários do setor portuário.

38. Em suma, há fortes dúvidas sobre em que medida a regulação atual é capaz de prevenir os abusos do poder econômico ou, em última instância, dirimir conflitos instaurados a respeito de preços de serviços.

39. Como tal ponto sobressaiu aos autos de forma transversa ao escopo definido, e tendo em conta a natureza operacional desta fiscalização, não foi possível aprofundar o necessário à formação de opinião do Tribunal.

40. Diante desse contexto, e tendo em vista a gravidade dos indícios indicados no relatório, reputo essencial que as questões principais sejam aprofundadas em processo apartado, no qual a unidade instrutora poderá realizar colher a manifestação da Antaq acerca dessas questões. Julgo pertinente que a agência se pronuncie, inclusive, sobre a regulação do regime de tarifas e preços praticado pelos terminais de contêineres.

41. No âmbito dos autos apartados, poderá a unidade instrutora delinear adequadamente as questões a serem abordadas dentro dessa temática (cobranças de preços abusivos, definição insuficiente dos serviços necessários à operação portuária por meio de tarifa e preço, cobranças abusivas, critérios de reajuste e revisão, entre outros), sem adentrar nas questões abordadas no âmbito do TC 014.624/2014-1, bem como no Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário.

42. Outro aspecto crítico da atuação da Agência diz respeito à Resolução-Antaq 2.389/2012, que apresenta pontos controversos e desde cuja edição tem se intensificado a cobrança de novas tarifas e a prática de majoração dos preços de forma periódica com índices normalmente acima da inflação, injustificadamente.

43. Quanto ao tema, relevante destacar o seguinte trecho do relatório de auditoria:

“155. Além da análise de processos da Antaq, os usuários e entidades representantes entrevistados relataram os seguintes problemas, que reforçam a opinião da fragilidade da atuação na Antaq no tratamento de conflitos de interesse e de falta de clareza no normativo vigente: i) surgimento de conflitos, após a edição da Resolução 2.389/2012, junto à Antaq, em que se discute a sobreposição dos ‘serviços não contemplados no Box Rate’, mas de prestação obrigatória, com aqueles já remunerados por meio do THC; ii) cobrança de serviços não contemplados no THC e Box Rate em valores maiores do que os praticados no THC; iii) cobrança de serviços não contemplados no THC e Box Rate por meio do faturamento de serviços fracionados, que deveriam constar do THC, com majoração da conta final cobrada do usuário (quando em comparação à condição anterior à edição da Resolução Antaq 2.389/2012), em decorrência do abuso de posição dominante de mercado do terminal na relação econômica com o usuário dono da carga; e iv) cobrança dos valores do THC pelo armador ao usuário em valores consideravelmente superiores aos pagos pelo armador ao terminal, em oposição ao regramento da Resolução 2.389/2012, que determina que haja o ressarcimento dos valores, consoante já examinado no bojo do TC 004.662/2014-8.

(...)

158. Além disso, a prática de cobranças de serviços não incluídos no *Box Rate*, mas de prestação obrigatória para expedição da carga pelo terminal tem relação com eventual abuso de posição dominante do terminal frente ao usuário e com a concentração de mercado verificada nos mercados atendidos por terminais de contêineres (alto IHH - Índice de Herfindahl-Hirschman, Apêndice III - Concentração de Mercado).

159. Não resta dúvida da posição dominante do terminal frente ao usuário importador de contêiner no que toca à prestação de serviços para entrega da carga, considerando que, em regra, o usuário não escolhe o terminal em que irá receber a mercadoria. Além disso, o terminal detém a posse física da carga e somente a libera mediante o pagamento dos serviços. Um dos objetivos das Leis 10.233/2001 e 12.529/2011 (que estruturaram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) é o combate à infração da ordem econômica, consubstanciada no abuso de posição dominante.

(...)

170. Sem ter a pretensão de esgotar a discussão econômica, lembra-se que, no caso da importação, o terminal portuário alfandegado, fiel depositário da carga importada, escolhido pelo armador, torna-se o monopolista da mercadoria do usuário do porto, além de a carga ser, em regra, um bem não fungível, o que torna mais ainda evidente a posição dominante do terminal frente ao importador. Nesta situação, o bem econômico cujo fornecimento é tutelado pela agência reguladora é o ‘serviço portuário’ de movimentação e armazenagem da carga, uma vez que o terminal deve prestar tais serviços para entregar a carga ao usuário (demandante *lato sensu* dos serviços).

171. Pois bem, nestas condições de monopólio, a demanda pelo bem ‘serviço portuário’ é demasiada inelástica e, sendo assim, a teoria econômica aponta que todo e qualquer aumento de preço do serviço é repassado, em sua maioria, se não integralmente, ao consumidor (usuário importador). Se o aumento de preço não é decorrente de aumento de custo, verifica-se, a grosso modo, aumento da margem de lucro do terminal (lucro econômico positivo), situação que impõe a necessidade de regulação.”

44. Portanto, considerando que, em regra, o usuário não escolhe o terminal em que irá receber a mercadoria, e esse detém a posse física da carga e somente a libera mediante o pagamento dos serviços, configura-se um claro cenário de supremacia do terminal frente ao usuário importador de contêiner, motivo pelo qual se mostra ainda mais relevante a atuação assertiva e eficiente da agência reguladora, a fim de impedir eventuais abusos de quem detém posição dominante num mercado altamente concentrado.

45. Diante disso, para os objetivos desse processo, entendo pertinente ajustar a proposta encerrada neste relatório de auditoria, para dar **ciência** à Agência de que a Resolução-Antaq 2.389/2012 não tem se mostrado efetiva para assegurar um dos principais objetivos de regulação setorial a seu cargo, em desatenção à Lei 10.233/2011, art. 20, inc. II, alíneas “a” e “b”, especialmente no que respeita à modicidade das tarifas, ao cumprimento de padrões de eficiência e à harmonização dos objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

46. Por fim, outro descontentamento dos usuários diz respeito à cobrança de serviços prestados pelos terminais para armazenamento de carga por meio da cobrança de alíquota *ad valorem*, em adição à cobrança por unidade de contêiner já praticada na movimentação da carga, conceito que, *lato sensu*, engloba a armazenagem. Vale dizer que tal alíquota vem sendo incrementada desde a edição da Resolução 2.389/2012, e não encontra paralelo em outros países.

47. Consoante explica o relatório de auditoria:

“A origem da cobrança *ad valorem*, em oposição à cobrança por unidade, remonta aos tempos coloniais, e tinha como intuito incrementar a arrecadação de tributos nos entrepostos comerciais. O preço de movimentação de contêiner, a grosso modo, não depende do valor da mercadoria nele carregada. A propósito, esta é uma das grandes vantagens do contêiner, por permitir padronização no manuseio e agilidade nas operações portuárias. Isso explica em parte o movimento de containerização dos últimos trinta anos no mundo todo. Nos casos em que cargas valiosas estão acondicionadas em contêineres, seguros sobre as mercadorias são contratados para dar solução a possíveis avarias decorrentes de movimentações imprecisas.

(...)

175. A Antaq, por sua vez, preza pela liberdade de preços, não se opondo, *a priori*, por mudanças nas

unidades de cobrança. A regra da Resolução 3.274/2014 é exigir a publicidade dos preços em tabelas dos terminais previamente publicadas, deixando a cargo do terminal a unidade da respectiva cobrança.”

48. Tenho dúvidas quanto à legitimidade da cobrança por meio de alíquota *ad valorem* que, consoante se evidenciou no processo, não guarda correlação com os custos da armazenagem e movimentação do contêiner, mas sim com o valor de mercado da carga nele contida, o que poderia assumir o caráter de imposto.

49. Tal constatação não se coaduna com o movimento de padronização mundial de carga por meio de contêineres. O custo de movimentação de contêiner independe do valor da mercadoria nele carregada, o que configura uma de suas grandes vantagens. Nos casos em que cargas valiosas estão acondicionadas em contêineres, o proprietário da carga contrata seguros sobre as mercadorias para resguardar-se de prejuízo diante de possíveis avarias decorrentes de movimentações imprecisas.

50. Sob outra ótica, esse mecanismo de cobrança vai em aparente rota de colisão com preceito da Lei 10.233/2001, art. 11, inc. IV, no sentido que os usuários paguem **pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência**. Além disso, ao que tudo indica, a cobrança se dá em adição à tarifa por unidade de contêiner já praticada na movimentação da carga, conceito que, *lato sensu*, engloba a armazenagem.

51. Também não pretendo aprofundar no mérito da natureza dessa cobrança, pois o tema não consistiu do escopo desse processo, o qual cingiu-se a avaliar o aspecto operacional da atuação da Antaq no tocante às suas atribuições regulatórias.

52. Por isso, deixo de acolher a proposta sugerida no relatório de emitir recomendação à Antaq para que regulamente a prática da cobrança dessa tarifa, por entender que a situação demanda uma atuação específica deste Tribunal, por meio de exame adequado do tema.

53. Assim, deve ser melhor avaliada a legalidade da aplicação de alíquota *ad valorem* sobre o valor da mercadoria e não sobre o tamanho do contêiner, bem como a possível caracterização de duplicidade de taxação sobre o serviço de movimentação de carga e a ofensa ao princípio do pagamento pelos custos dos serviços em regime de eficiência, igualmente por meio do processo apartado que proponho para melhor investigação desses fatos.

IV

Achado 2: Dragagem insuficiente e dificuldades de realização de investimentos e manutenção das instalações portuárias

54. Conforme explicitado no relatório, foram examinadas as principais deficiências de gestão das autoridades portuárias que afetam a eficiência operacional dos portos organizados, sendo que os principais problemas relatados se referem às dificuldades de manutenção da geometria dos canais marítimos de acesso aos portos e berços de atracação, bem como à insuficiência de investimentos e serviços necessários em infraestrutura. Para tanto, foram visitados nos trabalhos de campo os portos organizados de Santos/SP, Rio de Janeiro e Itaguaí/RJ, Itajaí/SC, Belém/PA e Vila do Conde/PA.

55. No que tange aos serviços de dragagem para manutenção da geometria dos canais marítimos de acesso aos seus portos, a equipe verificou que a atuação da Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ), da Superintendência do Porto de Itajaí (SPI) e da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) não tem sido eficaz, o que tem ocasionado significativa redução dos calados operacionais.

56. No caso do Porto de Santos, o equipamento contratado leva de sete a dez dias para dragar um berço de 300m, período em que a posição de atracação fica impossibilitada de operar, tendo sido constatada ainda a diminuição dos calados operacionais nos berços do porto ao longo do tempo. À época dos trabalhos de campo, 22 dos 54 berços estavam com profundidade inferior à de projeto, o que restringe a atracação dos navios de maior porte.

57. No Porto de Itaguaí/RJ, não existe programa permanente de dragagem, de forma que a manutenção do canal de acesso e do canal derivativo não tem sido realizada pela Autoridade Portuária. Devido ao assoreamento de parte da bacia de manobra, em vez do calado previsto de 18,5m, tem sido autorizado apenas 14,5m, salvo manobras especiais eventuais.

58. Como solução temporária, o MTPA autorizou a realização de investimentos emergenciais

para a dragagem do porto da ordem de R\$ 86 milhões, serviços que serão executados no âmbito dos contratos de arrendamentos firmados junto à CDRJ, o que não exclui a necessidade de dar continuidade à dragagem de manutenção.

59. No Porto de Itajaí/SC, por sua vez, entrevistados reportaram que a dragagem de manutenção seria insuficiente, em decorrência de fenômenos meteorológicos comuns na região, com frequentes chuvas intensas e enchentes a montante do Rio Itajaí-Açu, causando assoreamento excessivo do canal e elevando os custos de manutenção. No entanto, o atual contrato de dragagem de manutenção não leva em consideração esse problema, o que acarreta a necessidade de novas contratações quando da ocorrência desses episódios climáticos.

60. Os problemas decorrentes dessas fragilidades são significativos, pois a redução do calado operacional conduz à diminuição da capacidade de carga dos navios que atracam no complexo portuário, aumentando o custo do transporte por mercadoria embarcada, já que são necessárias mais viagens para transportar a mesma carga.

61. Em Santos/SP, usuários relataram que vários navios são obrigados a aguardar a elevação da maré para entrar e/ou sair, chegando a acontecer a perda de trinta a quarenta dias por ano, em cada berço, em espera pela maré apropriada, o que também gera custo extra de sobrestadia da carga em caminhões e atraso de entrega de unidades.

62. No Porto de Itaguaí/RJ, para o caso de terminais de minérios, estima-se que os navios operam em média com 5% a menos de carga, e a classificação das manobras como “especiais” elevam o custo em mais de R\$ 70.000,00 por manobra, no caso de navios com calado acima de 14,5m até o limite de 18,3m.

63. Em Itajaí/SC, a arrendatária APM judicializou a questão alegando que suas atividades ficaram prejudicadas em razão do assoreamento e da dragagem insuficiente realizada pela SPI. Obteve liminar suspendendo o pagamento do valor da movimentação mínima de contêineres (MMC) relativo a 2016, o que acarreta a redução das receitas financeiras da Autoridade Portuária.

64. A equipe de auditoria sugeriu medidas contributivas para a resolução do problema da dragagem de manutenção, tomando como exemplo experiências bem sucedidas de portos da Austrália e dos Estados Unidos, em que se unificaram os serviços de dragagem de diversos portos num único contrato, a fim de minimizar os custos de mobilização/desmobilização da draga. No caso norte-americano, fiscalização do referido contrato realizada pelo *Government Accountability Office (GAO)* registrou economia anual estimada em cerca de US\$ 7 milhões.

65. Também foi considerada a proposta submetida ao grupo de trabalho interministerial criado pelo MTPA, feita por associações atuantes no Porto de Santos interessadas em assumir a responsabilidade pelo gerenciamento e execução das dragagens de manutenção. A proposta é de constituir um “condomínio portuário”, com natureza jurídica de associação civil de direito privado sem fins lucrativos, instituído para “administrar a contratação e fiscalização dos serviços de engenharia e dragagem do canal de acesso, áreas de fundeio, bacias de evolução e berços de atracação do porto organizado, gerindo a tarifa para infraestrutura aquaviária”. Como ainda não houve conclusão dos trabalhos do aludido grupo, o encaminhamento das unidades especializadas sugere considerar os parâmetros de eficiência propostos pelos terminais em futuras licitações, com o objetivo de diminuir os períodos de interrupção das operações portuárias.

66. Ainda com relação aos problemas identificados nos serviços de dragagem de manutenção, a equipe de auditoria verificou que a profundidade de determinados berços de atracação não corresponde às previstas em projeto. Por conseguinte, propõe dar ciência à Codesp dessas diferenças.

67. Após a divulgação da matriz de achados, a Codesp enviou seus comentários e questionou esse achado, alegando que alguns desses berços apresentam a profundidade prevista em projeto maior do que o calado operacional do canal de acesso, de maneira que dragar os berços implicaria desperdício de tempo e de recursos financeiros. Todavia, em relação a outros casos, não foi justificada a diferença constatada entre a profundidade existente e a profundidade prevista em projeto, considerando que os canais de acesso são mais profundos, ou seja, não funcionam como limitadores.

68. A questão deve ser enfrentada pois, considerando as cláusulas dos contratos de arrendamento, a diferença do calado em relação aos projetos pode gerar prejuízos para as autoridades portuárias, em decorrência de demandas dos arrendatários solicitando ajustes a menor nas tarifas pagas, usando isso como justificativa para o não atendimento à movimentação mínima de contêineres (MMC), como aconteceu no Porto de Itajaí no ano de 2016 (parágrafo 59 supra).

69. Assim, reputo oportuno emitir **recomendação** à Codesp para que reavalie a profundidade dos berços de atracação identificados pela equipe de auditoria e promova a adequação dos respectivos projetos, tendo em conta a dragagem de manutenção tecnicamente viável e a profundidade de projeto dos canais de acesso, ou apresente justificativa fundamentada para a não adoção da medida.

70. Ademais, diante da constatação de que as deficiências na realização das necessárias dragagens decorrem da conjuntura de múltiplos problemas gerenciais, administrativos e financeiros das companhias Docas, compete a este Tribunal, em razão da natureza operacional desta auditoria, sugerir que sejam consideradas boas práticas identificadas ou outras soluções de gestão, no intuito de auxiliar os gestores a formular medidas que colaborem na resolução dos entraves.

71. Nessa linha, acolho integralmente as demais proposições alvitadas para esse tema, no sentido de **recomendar** às autoridades portuárias que avaliem a possibilidade de dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, e que considerem os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das instalações portuárias, bem como a possibilidade de instituição de “remuneração variável” de que trata a Lei 12.462/2011.

72. Quanto a esse último aspecto, o referido conceito foi criado com o objetivo de estimular a ampliação da eficiência nas contratações públicas, condicionando a remuneração ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Aplicado às contratações de dragagem, por exemplo, estimularia que a empresa contratada buscasse maior eficiência e retornasse um ganho para a administração pública, como a redução do prazo de interrupção das operações portuárias.

73. A implementação das medidas acima tem o potencial de diluir os custos de mobilização/desmobilização dos equipamentos e reduzir os valores dos contratos de dragagem, o que repercute no custo logístico suportado, ao fim da cadeia, por toda população. Ao se considerar parâmetros propostos por terminais ou operadores, o tempo de interrupção dos berços de atracação poderá ser reduzido, o que permitirá maior eficiência na movimentação portuária.

74. Ainda dentro do mesmo achado, no que tange aos investimentos e manutenção de instalações de infraestrutura necessárias às operações do porto, os trabalhos de auditoria demonstraram que as administrações dos portos organizados de Santos, Rio de Janeiro, Itaguaí, Itajaí, Belém e Vila do Conde historicamente não têm conseguido desempenhar suas atribuições adequadamente. Os problemas relatados em decorrência da gestão deficiente na área de infraestrutura são inúmeros e com consequências graves para a própria autoridade portuária, a exemplo da perda de receita devido à destinação de carga para outros portos, e para a economia, devido ao aumento dos custos das mercadorias.

75. Enumero, a seguir, alguns exemplos críticos identificados.

76. Porto de Santos/SP:

a) existência de um único acesso rodoviário ao complexo portuário, o que provoca frequentes filas de caminhões estacionados ao longo da via de acesso e ao redor de todo o porto organizado. Há relatos de que as vias de acesso já chegaram a ficar interditadas por quinze dias seguidos devido a incêndio;

b) insuficiência de capacidade e de manutenção das linhas férreas e falta de conservação das vias rodoviárias, apresentando muitas interferências entre ferrovias e rodovias de acesso ao porto;

b) comprometimento financeiro da entidade com dispêndios vultosos em demandas judiciais e outras questões trabalhistas, prejudicando sua capacidade de investimentos (o saldo das provisões para

as causas trabalhistas que provavelmente serão perdidas pela Codesp é de R\$ 224 milhões, sendo que, dentre prováveis e possíveis, o número chega a R\$ 377 milhões, segundo dados de janeiro de 2017 encaminhados pelo setor jurídico da Companhia);

77. Portos do Estado do Rio de Janeiro administrados pela CDRJ:

a) o Porto do Rio de Janeiro apresenta manutenção deficiente da pavimentação de vias internas, das linhas férreas, da iluminação dos acessos e do interior do porto, além da sinalização deficiente das vias rodoviárias;

b) o Porto de Itaguaí/RJ possui uma única linha de acesso para trens;

c) em abril de 2015, recintos administrados pela CDRJ e não arrendados nos portos do Rio de Janeiro e de Itaguaí foram desalfandegados pela Receita Federal em razão da não apresentação de certidões negativas de débitos fiscais, causando a redução na movimentação de cargas no cais público de 75,59%, com prejuízos mensais de cerca de R\$ 1,5 milhão;

d) receita operacional líquida da CDRJ (R\$ 302 milhões) comprometida em grande parte com os custos da folha de pagamentos de pessoal (R\$ 265 milhões em 2016);

e) existência de 2.672 ações trabalhistas ajuizadas contra a CDRJ, cujo passivo trabalhista está estimado em R\$ 373 milhões, com determinações judiciais bloqueando as contas bancárias da Autoridade Portuária do Rio de Janeiro (foram bloqueados R\$ 24 milhões em 2015, R\$ 21 milhões em 2016 e cerca de R\$ 12 milhões até julho/2017);

f) alta rotatividade dos gestores da CDRJ (de 2014 até 2017 cinco gestores passaram pela presidência da companhia), provocando mudanças frequentes no estabelecimento de prioridades;

g) dívidas cíveis referentes ao fundo de previdência Portus (R\$ 1 bilhão, sendo R\$ 175 milhões considerados incontroversos) e de leasing de equipamentos (R\$ 580 milhões);

78. Outros problemas de natureza semelhante repetem-se nos portos de Porto de Itajaí/SC, Vila do Conde/PA e de Belém/PA, consoante detalhado nos parágrafos 251 a 264 do relatório precedente.

79. Além disso, é igualmente crítico o atraso na implantação do sistema VTMS (*Vessel Traffic Management Information System*) em quase todos os portos visitados. O sistema agrega auxílio eletrônico à navegação, com vantagens nos aspectos de segurança e proteção ao meio ambiente. Para tanto, desde 2014 foram destinados recursos para os Portos do Rio de Janeiro/RJ, Itaguaí/RJ, Santos/SP, Salvador/BA, Aratu/BA e Vitória/ES, sendo que apenas esse último conseguiu implantar o sistema, ao custo de R\$ 23 milhões.

80. Os trabalhos realizados apontaram dois aspectos que contribuem para a dificuldade em realizar investimentos e manter as instalações portuárias. Primeiro, a quantidade de atores participando de atividades complexas (Antaq, Prefeitura, SNP/MTPA e órgãos intervenientes), a exemplo de procedimentos licitatórios para arrendamento de terminais ou investimentos de infraestrutura de grande porte, que resulta em entraves burocráticos e demora no prazo de implementação das atividades. Segundo, a falta de autonomia da Autoridade Portuária, que foi acentuada pela Lei 12.815/2013, com a centralização de licitações e arrendamentos na Secretaria Nacional de Portos, enquanto a análise de projetos de investimento e a fiscalização das atividades portuárias foram atribuídas à Antaq.

81. Entretanto, relevante considerar as conclusões do estudo realizado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) (VIEIRA *et al*, 2012), o qual demonstra que, mesmo antes da edição do novo marco legal, já estavam presentes problemas como a morosidade e a burocracia nos procedimentos licitatórios para arrendamento de terminais ou investimentos de infraestrutura de grande porte.

82. O estudo apontou, também, dificuldades de ordem financeira e a falta de planejamento adequado, conforme resumido nos parágrafos 268 a 272 do relatório precedente. Dentre outras propostas, o estudo sugeriu o saneamento dos passivos presentes nos balanços das Companhias Docas visando à disponibilização de recursos para a realização de investimentos e melhorias da gestão financeira dos portos públicos. Segundo propõe, o saneamento financeiro poderia ser feito por intermédio da concessão ou delegação da administração da Autoridade Portuária, em que o delegatário

assumiria os passivos (integral ou parcialmente), ou pela transferência dos passivos a uma nova empresa pública que geriria os pagamentos mediante a criação de um fundo.

83. O relatório de auditoria informou que, atualmente, o MTPA está avaliando a possibilidade de delegar competências às administrações dos portos organizados, tais como a realização de procedimentos licitatórios e a gestão e a fiscalização de contratos de arrendamento de instalações portuárias, o que pode resultar em maior eficiência no caso de portos que dispõem de maior autonomia financeira, como o de Paranaguá/PR. Entre 2011 e 2017, a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) realizou investimentos de R\$ 800 milhões na modernização e manutenção de infraestrutura portuária com recursos próprios.

84. Todavia, no caso das administrações portuárias cuja capacidade financeira está significativamente comprometida, consoante ressaltou a equipe de auditoria, *“a inclusão de mais atores no processo de arrendamento e, portanto, de mais níveis de avaliação e decisão, poderá trazer mais ineficiência e riscos ao sistema, pelo aumento de tempo de análise dos processos, ou pelo exame superficial, no caso de inexistência de recursos humanos capacitados para realização das atividades”* (parágrafo 275 do relatório de auditoria).

85. As dificuldades de gestão atinentes à manutenção e à realização de investimentos na infraestrutura portuária afetam a eficiência operacional dos portos organizados e não são questão de fácil resolução. Entretanto, creio que é primordial não descuidar do saneamento financeiro das entidades. Do contrário, continuará a sobrar pouca margem para o planejamento de outras despesas.

86. Nesse sentido, e considerando que a atuação do Tribunal em sede de auditoria operacional deve cingir-se a apontar oportunidades de melhoria para que o gestor, dentro de sua esfera de discricionariedade executiva, busque as soluções que entender mais adequadas, acolho, com os ajustes pertinentes, a proposta da equipe de auditoria para **recomendar** à Codesp, à CDRJ e à CDP que, em conjunto com o ministério supervisor (MTPA), elaborem plano de ação, com indicação de etapas intermediárias, responsáveis e prazos, para saneamento financeiro das respectivas empresas, em especial com relação às despesas de pessoal e às dívidas cíveis e trabalhistas, e o apresentem ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG) para avaliação e acompanhamento.

87. Importante registrar que a atual gestão da CDRJ já apresentou, como complemento à sua manifestação inicial sobre relatório preliminar, plano de reestruturação financeira em consonância com a recomendação acima, o que reflete sua disposição para tentar solucionar a questão, identificando formas de ampliar receitas e reduzir despesas. O documento apresenta a revisão de cláusulas desvantajosas para a Companhia nos contratos de arrendamento, que poderão reestabelecer o equilíbrio econômico contratual, inclusive em eventuais análises de pedido de renovação antecipada.

88. O plano ainda considera a redução de gastos com folha de pagamentos e do passivo trabalhista, bem como a negociação dos contratos de *leasing* e de securitização. Trata-se de iniciativa adotada pela unidade jurisdicionada a partir dos resultados da fiscalização, antes mesmo do julgamento desse processo, o que vem reforçar a autonomia executiva do gestor público e a natureza colaborativa da auditoria operacional.

89. No mais, não vislumbro, diante dos problemas relatados no presente achado de auditoria, a necessidade de emitir determinações corretivas, sendo pertinentes as **recomendações** sugeridas para auxiliar na resolução das questões pontuais verificadas, quanto à demora na instalação dos equipamentos de VTMS (recomendação à Codesp e à CDRJ) e à dragagem no Porto de Belém/PA (recomendação para realizar estudo de viabilidade técnica para adequação do canal de acesso ao calado necessário às operações).

V

Achado 3: Fragilidades na atuação da Anvisa na emissão da Licença de Importação

90. Os trabalhos de auditoria demonstraram que, em agosto de 2017, entre todos os intervenientes para o desembaraço de mercadorias importadas, a Anvisa era considerada o anuente que apresentava mais reclamações por parte dos importadores em razão do tempo incorrido para emissão da Licença de Importação (LI), cuja espera em alguns postos ultrapassava trinta dias.

91. Constatou-se que a Anvisa não adota nenhum tipo gestão de risco no processo de emissão das LIs, atuando praticamente de forma cartorária, isto é, por meio da conferência de documentos de todas as solicitações.

92. Também foi constatada a baixa realização de inspeções físicas, que não se baseavam em parâmetros e critérios predefinidos, a exemplo do que ocorre na análise da Receita Federal do Brasil, cujas inspeções físicas nas cargas importadas são feitas a partir de parâmetros objetivos e pré-definidos, baseados, principalmente, em gestão de risco, conforme Instrução Normativa-SRF 680/2006.

93. O quantitativo inadequado de inspeções ou sua realização sem critérios preestabelecidos pode resultar em aumento do risco sanitário, devido à possibilidade de mercadorias ingressarem no país sem o adequado controle prévio.

94. Outrossim, verificou-se a ausência de padrões objetivos para orientação dos fiscais quando da análise das LIs, tais como procedimentos operacionais padronizados ou qualquer tipo de manual operacional. Assim, cada fiscal adota seu próprio critério e padrão de análise, o que resulta em diferenças na análise até mesmo entre fiscais do mesmo posto, conforme relatado pelos atores do setor portuário. Quanto a esse aspecto, a equipe de auditoria assim relatou:

“330. Cita-se que a principal causa para essa situação seja a diversidade de produtos sob fiscalização da Anvisa, que vai de um simples cotonete até um tomógrafo, passando por medicamentos e suplementos alimentares. Com essa multiplicidade de produtos sob sua responsabilidade, torna-se mais difícil criar padrões claros e objetivos nas análises realizadas pelos fiscais.

331. A ausência de critérios e/ou padrões objetivos e claros na atuação dos fiscais, quando da análise da LI, pode criar insegurança para os usuários, além de eventuais prejuízos, haja vista a possibilidade de demora acentuada na emissão da Licença, incrementando os gastos dos importadores com armazenagem, por exemplo, e também a possibilidade de servidores atuarem de maneira diferenciada perante o mesmo importador com exigências distintas, mesmo sendo do mesmo Posto. Assim, corre-se o risco, por exemplo, de um servidor aceitar determinado documento e outro servidor não aceitar, fazendo algum tipo de exigência adicional ao importador.”

95. Durante as entrevistas, também foi constatada a insuficiência de mecanismos na aferição da qualidade das análises para emissão da LI, uma vez que não existiam controles implantados e em funcionamento para avaliação posterior da qualidade dos procedimentos de emissão da Licença de Importação pela Agência.

96. Por fim, a Anvisa disponibilizou aos usuários um sistema de peticionamento eletrônico que não está integrado ao Portal Único de Comércio Exterior, sítio no qual operadores e intervenientes do comércio exterior podem encaminhar documentos ou dados exigidos pelas autoridades competentes para importação, exportação ou trânsito, a partir de um único ponto de entrada. A utilização de sistemas não integrados para solicitação de emissão de LI é diametralmente oposta ao principal objetivo do Portal Único do Comércio Exterior, que é evitar que o usuário preencha as mesmas informações diversas vezes em diferentes sistemas.

97. Reputo adequadas as propostas de encaminhamento sugeridas pela equipe de auditoria, as quais visam à construção de soluções administrativas no sentido da diminuição do tempo médio para emissão da LI, à uniformização da ação dos fiscais e à melhoria na qualidade das análises na emissão da LI.

98. Observa-se, por outro lado, que o quadro encontrado no início da fiscalização já sofreu significativa evolução. Após a fase de execução da auditoria, a Anvisa informou estar adotando nova sistemática para análise das LIs com objetivo de aumentar o número de inspeções, mediante aumento da lotação de servidores espalhados pelo país em regime de teletrabalho especializados em determinados tipos de produtos, e com equipes de fiscais lotados nos Postos da Anvisa em portos e aeroportos, os quais ficarão responsáveis apenas pela realização de inspeções físicas.

99. Também foi informada a implantação de ambiente virtual em que seus servidores podem trocar informações a respeito dos processos de LI (Sistema *Teams*), o que contribui para a melhora na qualidade dos trabalhos e a uniformização dos entendimentos adotados nas análises.

100. No painel de referência externo realizado por este Tribunal em 2/2/2018, representante da Anvisa noticiou diversas melhorias implementadas nos trabalhos de fiscalização da Agência, as quais já vinham causando sensível diminuição no tempo de espera das mercadorias nos portos e aumento da qualidade e eficiência dos trabalhos de inspeção a que são submetidas as cargas. Em julho de 2017, o tempo de emissão da licença era de dez dias, e em novembro essa média havia caído para seis dias, diante de universo de aproximadamente trinta mil processos de importação por mês.

101. Ademais, posteriormente à conclusão do relatório de auditoria, houve a publicação de norma alterando a Resolução-RDC 81/2008, normativo que rege os procedimentos para emissão de LI pela Anvisa.

102. De toda sorte, não verifico qualquer contradição ou prejuízo às conclusões alcançadas no trabalho realizado, e considero pertinente que o Tribunal endosse as medidas propostas pelas unidades instrutoras para que assumam caráter formal e possam ser comunicadas oficialmente à Anvisa, passando a ser monitoradas pela SeinfraPortoFerrovia no momento oportuno, de acordo com as normas e técnicas de auditoria vigentes.

103. Incluído em pauta o presente processo, ingressou nos autos a peça 128, apresentada pela “Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (ABRATEC)”. Verifico que o pedido coincide com a proposta que submeto a esta Corte, visto que essas questões serão apuradas em processo apartado.

Ante o exposto, acompanhando, na essência, as conclusões do relatório de auditoria e adotando os encaminhamentos sugeridos, com ajustes e adequações ora consignadas, voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2310/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 024.768/2017-0.
- 1.1. Apenso: 006.906/2018-4; 011.725/2018-4
2. Grupo I – Classe de Assunto: V – Auditoria Operacional.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA).
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria operacional com o objetivo de verificar os gargalos que impactam a eficiência dos portos brasileiros.

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

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

9.1.1. no prazo de 180 dias, desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários na movimentação de contêineres, com vistas a harmonizar objetivos de usuários e prestadores de serviço, preservado o interesse público, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/2001;

9.1.2. no prazo de 180 dias, regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos relativos à movimentação de contêineres, com vistas a subsidiar as análises de abusividade de preços e

tarifas de terminais e operadores portuários, definindo referenciais de eficiência, nos termos do inciso IV do art. 11 da Lei 10.233/2001;

9.1.3. no prazo de 180 dias, estabeleça medidas para acompanhar, de forma sistemática, o comportamento dos preços e tarifas praticados no segmento de contêiner, nos termos do inciso II do art. 27 da Lei 10.233/2001;

9.1.4. no prazo de 30 dias, apresente ao TCU plano de ação com vistas a evidenciar como se dará o atendimento às determinações acima, designando as tarefas a serem executadas, os responsáveis por tais medidas (nomes e cargos) e o prazo para implementação;

9.2. recomendar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno:

9.2.1. à Companhia Docas do Estado de São Paulo, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, que:

9.2.1.1. em conjunto com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, avalie a possibilidade de adotar a dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, bem como considere a possibilidade de utilizar a dragagem de recuperação em virtude das enchentes ou outros fenômenos hidrológicos em seus contratos de dragagem de manutenção, à semelhança das realizadas em experiências internacionais mencionadas no relatório de auditoria (EUA e Austrália);

9.2.1.2. considere os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das operações portuárias, bem como a possibilidade de instituir a remuneração variável de que trata a Lei 12.462/2011;

9.2.1.3. em conjunto com o ministério supervisor, elabore plano de ação para saneamento financeiro da estatal, em especial com relação às dívidas cíveis e trabalhistas, e encaminhe o referido plano ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para fins de análise e acompanhamento;

9.2.1.4. se articule com o ministério supervisor, a Secretaria de Patrimônio da União (SPU) e o Ministério da Defesa a fim de definir os locais onde os equipamentos de VTMS devem ser instalados;

9.2.1.5. reavalie a profundidade dos berços de atracação e promova a adequação dos respectivos projetos, tendo em conta a dragagem de manutenção tecnicamente viável e a profundidade de projeto dos canais de acesso, ou apresente justificativa fundamentada para a não adoção da medida, para os seguintes berços: AL 01, AL 02, AL 03, AL 04, BTP 01, BTP 02, BTP 03, AGE0 01, CS 01, VALONGO, ARM 10, ARM 11, ARM 13/14, ARM 15, ARM 16/17, ARM 19, CURVA 23, OUTEIRINHOS 03, OUTEIRINHOS 02(MB), OUTEIRINHOS 01(MB), ARM 33/34, 37 Pto 1 e 2, TERMAG, TGG, TECON 4, e TECON 3;

9.2.2. à Companhia Docas do Estado do Rio de Janeiro, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, que:

9.2.2.1. em conjunto com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, avalie a possibilidade de adotar a dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, bem como considere a possibilidade de incluir a dragagem de recuperação em virtude das enchentes ou outros fenômenos hidrológicos em seus contratos de dragagem de manutenção, à semelhança das realizadas em experiências internacionais mencionadas no relatório de auditoria (EUA e Austrália);

9.2.2.2. considere os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das operações portuárias, bem como a possibilidade de instituir a remuneração variável de que trata a Lei 12.462/2011;

9.2.2.3. em conjunto com o ministério supervisor, elabore plano de ação para saneamento financeiro da estatal, em especial com relação às dívidas cíveis e trabalhistas, e encaminhe o referido plano ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para fins de análise e acompanhamento;



9.2.2.4. se articule com o ministério supervisor, a Secretaria de Patrimônio da União (SPU) e o Ministério da Defesa a fim de definir os locais onde os equipamentos de VTMS devem ser instalados.

9.2.3. à Companhia Docas do Pará, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, que:

9.2.3.1. em conjunto com o ministério supervisor, elabore plano de ação para saneamento financeiro da estatal, em especial com relação à folha de pagamentos e às dívidas cíveis e trabalhistas, e encaminhe o referido plano ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para fins de análise e acompanhamento; e

9.2.3.2. elabore estudo de viabilidade técnica e econômica para a dragagem de aprofundamento do canal de acesso ao Porto de Belém, a fim de que possa adequá-lo à profundidade necessária às operações aquaviárias;

9.2.4. à Superintendência do Porto de Itajaí, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, que:

9.2.4.1. em conjunto com o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, avalie a possibilidade de adotar a dragagem de manutenção em conjunto com outros portos, bem como considere a possibilidade de incluir a dragagem de recuperação em virtude das enchentes ou outros fenômenos hidrológicos em seus contratos de dragagem de manutenção, à semelhança do realizado em experiências internacionais mencionadas no relatório de auditoria (EUA e Austrália);

9.2.4.2. considere os parâmetros de eficiência propostos pelos operadores e terminais nas próximas licitações para dragagem de manutenção, de forma a reduzir períodos de interrupção das operações portuárias, bem como a possibilidade de instituir a remuneração variável de que trata a Lei 12.462/2011;

9.2.5. à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, que:

9.2.5.1. adote providências no sentido de integrar o sistema de peticionamento eletrônico para emissão do licenciamento da importação ao Portal Único do Comércio Exterior, articulando-se, para tanto, com a Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e a Secretaria da Receita Federal do Brasil;

9.2.5.2. aprimore o processo de emissão de Licenciamento de Importação (LI), considerando os seguintes aspectos:

9.2.5.2.1. adoção de critérios e orientações padronizadas para a definição de realização de inspeções físicas;

9.2.5.2.2. adoção da gestão de risco para análise dos processos de emissão de LI, considerando, ao menos, as particularidades dos produtos importados e do importador;

9.2.5.2.3. estabelecimento de procedimentos operacionais padrão e/ou manuais operacionais, de modo que as ações relacionadas aos licenciamentos de importação sob vigilância sanitária sejam realizadas de forma padronizada, à exceção dos casos com particularidades comprovadamente justificadas; e

9.2.5.2.4. adoção de rotina para aferição da qualidade das análises realizadas nos processos de emissão de LI, utilizando as informações geradas como instrumento para *feedback* e treinamento permanente do corpo de fiscais.

9.3. determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à Companhia Docas do Estado de São Paulo, à Companhia Docas do Rio de Janeiro, à Companhia Docas do Pará, à Agência Nacional de Vigilância Sanitária e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que encaminhem a este Tribunal, no prazo de 30 dias, plano de ação, com indicação de cronograma, etapas intermediárias, atividades e responsáveis, para a implementação das recomendações contidas no item 9.2 e seus subitens, conforme a competência de cada entidade, ou justificativa sobre a decisão de não implementar tais recomendações;

9.4. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e, no que respeita à supervisão ministerial, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, que a Resolução-Antaq 2.389/2012 não tem se mostrado efetiva para assegurar um dos principais objetivos de regulação setorial a cargo



da Agência, em desatenção à Lei 10.233/2011, art. 20, inc. II, alíneas “a” e “b”, especialmente no que respeita à modicidade das tarifas, ao cumprimento de padrões de eficiência e à harmonização dos objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, de forma a arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica;

9.5. encaminhar cópia deste acórdão ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, à Companhia Docas do Estado de São Paulo, à Companhia Docas do Rio de Janeiro, à Companhia Docas do Pará, à Superintendência do Porto de Itajaí, à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços;

9.6. autorizar a SeinfraPortoFerrovia a monitorar implementação das deliberações deste acórdão em processo específico;

9.7. determinar à SeinfraPortoFerrovia que autue processo apartado para dar continuidade ao exame dos indícios de irregularidades identificados neste processo relacionados a tarifas e preços praticados em terminais de contêineres, observando a atuação da Antaq na prevenção de riscos e eventos decorrentes de competição imperfeita ou infração da ordem econômica em prejuízo do usuários;

9.8. autorizar, no âmbito do processo apartado mencionado no subitem 9.7, as medidas necessárias à adequada instrução processual (diligências, oitivas e inspeção), conforme escopo a ser definido pela unidade instrutora envolvendo os seguintes aspectos:

9.8.1. ocorrência de abusividade na cobrança de preços pelos terminais de contêineres e critérios de reajuste;

9.8.2. legalidade da cobrança de tarifas e/ou preços por meio de alíquota *ad valorem* para armazenagem e movimentação de contêineres, bem como a possível caracterização de duplicidade de taxa sobre o serviço, tendo em conta o princípio de pagamento pelo usuário por custos dos serviços em regime de eficiência e o princípio da modicidade tarifária;

9.8.3. imprecisão dos contratos de arrendamento quanto à definição dos serviços (indispensáveis, acessórios e complementares) no ciclo de importação e exportação de contêineres por terminais arrendados.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2310-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 028.620/2017-8

Natureza: Pedido de Reexame (Aposentadoria)

Órgão: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais

Recorrentes: Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil (Sindireceita); Mara Helena Resende Gomes (323.558.746-20); Maria Lúcia Campos da Silva (487.215.656-00)



Interessados: Mara Helena Resende Gomes (323.558.746-20); Maria Helena Jerônimo Pinto (191.344.366-34); Maria Lúcia Campos da Silva (487.215.656-00); Maria Lúcia Macedo Antunes (455.972.516-00); Maria Margarida Vasconcelos Lima (445.072.676-68)

Representação legal: Claudio Renato do Canto Farág (OAB/DF 14.005 e OAB/SP 389.410) e outros, representando Mara Helena Resende Gomes; Alessandra Damian Cavalcanti (OAB/DF 17.717) e outros, representando o Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil e Maria Lúcia Campos da Silva

SUMÁRIO: APOSENTADORIA. PAGAMENTO DE RUBRICA RELATIVA AO BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE IMPLEMENTADO PELA LEI 13.464/2017. VANTAGEM QUE NÃO SE INSERE NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CARREAMENTO DA PARCELA AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO. IRREGULARIDADE NÃO CONSTANTE DOS ATOS. LEGALIDADE DAS CONCESSÕES COM DETERMINAÇÃO PARA EXCLUSÃO DA PARCELA INQUINADA DOS PROVENTOS. PEDIDOS DE REEXAME. DECISÕES LIMINARES EXARADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO PARA EXCLUSÃO DA VANTAGEM IMPUGNADA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de pedidos de reexame interpostos pelos recorrentes em epígrafe contra o Acórdão 2.761/2017-TCU-Plenário.

2. A deliberação recorrida, relatada pelo Ministro José Múcio Monteiro, apresentou o seguinte teor:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam das concessões de aposentadorias a servidoras da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 71, incisos III e IX, da Constituição Federal, arts. 1º, inciso V, 39, inciso II, e 45 da Lei nº 8.443/1992, arts. 260 e 262, § 2º, do Regimento Interno e art. 6º, § 2º, da Resolução TCU nº 206/2007, com a redação dada pela Resolução TCU nº 237/2010, em:

9.1. considerar legais os atos de concessões de aposentadorias a Mara Helena Resende Gomes, Maria Helena Jerônimo Pinto, Maria Lúcia Campos da Silva, Maria Lúcia Macedo Antunes e Maria Margarida Vasconcelos de Lima, ordenando o registro;

9.2. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais que adote medidas para:

9.2.1. dar ciência, no prazo de 15 (quinze) dias, do inteiro teor desta deliberação às aposentadas, alertando-as de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos perante o TCU não as exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso esses não sejam providos;

9.2.2. fazer cessar, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa, o pagamento às inativas do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei nº 13.464/2017, por incompatível com o art. 40, caput e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal, dada a expressa exclusão da vantagem, de caráter pro labore faciendo, da base de cálculo de contribuição previdenciária;

9.2.3. encaminhar ao TCU, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão, documento apto a comprovar que as interessadas tiveram conhecimento do acórdão;

9.3. determinar à Sefip que:

9.3.1. retifique, no sistema Sisac, o nome de Maria Margarida Vasconcelos Lima para Maria Margarida Vasconcelos de Lima, conforme sistemas Siape e CPF;

9.3.2. monitore o cumprimento da determinação relativa à cessação de pagamentos indevidos, representando ao Tribunal em caso de não atendimento”



3. Admitido o processamento dos recursos, porquanto preenchidos os requisitos previstos no art. 48 da Lei 8.443/1992, conferi efeito suspensivo ao item 9.2.2 do acórdão recorrido, em relação aos recorrentes (peças 20 e 30).

4. Instruído o presente feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pela Secretaria de Recursos deste Tribunal (peça 33), que contou com a anuência do corpo diretivo daquela unidade (peças 34 e 35):

“HISTÓRICO

2. Trata-se de processo de aposentadoria que considerou legais os atos de aposentadoria dos recorrentes e determinou a exclusão de seus proventos da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/201, porquanto essa mesma lei exclui a vantagem da base de cálculo da contribuição previdenciária dos segurados.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 18, 27 e 28), ratificados às peças 20 e 30, pelo Relator, Ministro Bruno Dantas, que entendeu pelo conhecimento dos recursos, uma vez que preenchidos os requisitos do art. 48 da Lei 8.443/92, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos do item 9.2 e 9.2.2 do Acórdão 2.761/2017-Plenário em relação aos recorrentes.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto dos presentes recursos definir se:

- a) este Tribunal deveria ter realizado a oitiva prévia dos recorrentes antes da prolação do acórdão ora recorrido, que apreciou seus atos de aposentadoria;
- b) a deliberação ora recorrida violou o princípio da legalidade;
- c) este Tribunal tem competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade;
- d) a natureza jurídica do instituto “bônus de eficiência e produtividade” é eminentemente indenizatória;
- e) a decisão ora combatida é prejudicial para a União;
- f) pela Lei Previdenciária, não incidiria a contribuição previdenciária sobre o “bônus de eficiência e produtividade”;
- g) se decisão liminar do Pretório Excelso repercute no presente processo.

5. Da oitiva prévia dos recorrentes.

5.1. Defendem-se no recurso que o acórdão recorrido seria nulo, eis que a Sefip, em nenhum momento, notificou os recorrentes para apresentarem manifestação preliminar.

Análise

5.2. Rejeita-se, desde já, o argumento de ter havido violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em virtude de não ter sido oportunizado aos ora recorrentes o direito de se manifestarem nos autos antes da prolação do acórdão recorrido, porquanto o entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante 3 do STF expressamente excepciona a observância do contraditório e da ampla defesa previamente ao julgamento do Tribunal, nesses termos:

‘Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, **excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão**’ (grifos acrescidos).

5.3. Assim, nos termos da referida súmula, o STF, ao julgar os MS’s 25.116 e 25.403, confirmou seu entendimento no sentido de que a Corte de Contas, nos processos de registro de aposentadoria, reforma e pensão, deve oportunizar o contraditório à parte interessada somente nos casos em que haja ultrapassado o lapso quinquenal para o julgamento do TCU. Na oportunidade, restou decidido, ainda, que o prazo não deve ser contado a partir da concessão do benefício, mas apenas do momento em que o ato foi encaminhado ao Tribunal de Contas da União para registro, pois somente a partir daí a Corte de Contas teria ciência dos motivos que levaram à sua edição.

5.4. Com base nesse entendimento, por intermédio do Acórdão 587/2011-TCU-Plenário, este Tribunal definiu a sistemática para apreciação dos atos sujeitos a registro, nestes termos:

O TCU, diante de constatação que possa levar à negativa de registro de ato de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, deve assegurar aos beneficiários a oportunidade do uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sempre que transcorrido lapso temporal superior a cinco anos quando da apreciação.



5.5. A tabela abaixo esquematiza as datas relevantes de disponibilização ao TCU dos atos de aposentadoria dos recorrentes:

Interessado	Data de disponibilização do ato ao TCU	Localização da peça nos autos
Maria Lúcia Campos da Silva	11/5/2017	Peça 4
Mara Helena Resende Gomes	4/10/2017	Peça 2

5.6. O julgamento de todos os atos ocorreu em 6/12/2017, em Sessão realizada pelo Plenário, dentro, portanto, do referido prazo de 5 (cinco) anos.

5.7. Nesse contexto, verifica-se que esta Corte de Contas julgou os atos concessórios dos recorrentes dentro do quinquênio legal, em consonância com a orientação da Corte Suprema, devendo, deste modo, não ser acatado o argumento de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

5.8. Cabe esclarecer que esta Corte de Contas não intima pessoalmente a parte acerca da data em que será julgado processo de seu interesse. Tal fato não ofende qualquer princípio constitucional ligado à defesa, vez que a publicação da pauta de julgamentos no Diário Oficial da União é suficiente para conferir publicidade ao ato processual. Tal exegese encontra amparo em deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de Agravo Regimental em Mandado de Segurança (MS-AgR 26.732/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia), conforme excerto a seguir transcrito:

‘EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DATA DA SESSÃO. DESNECESSIDADE.

1. Não se faz necessária a notificação prévia e pessoal da data em que será realizada a sessão de julgamento de recurso de reconsideração pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal quando a pauta de julgamentos é publicada no Diário Oficial da União.

2. O pedido de sustentação oral pode ser feito, conforme autoriza o art. 168 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, até quatro horas antes da sessão. Para tanto, é necessário que os interessados no julgamento acompanhem o andamento do processo e as publicações feitas no Diário Oficial da União.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.’

5.9. Nessa ordem de ideias, é de se propor a rejeição dos argumentos dos recorrentes.

6. Do princípio da legalidade.

6.1. Defendem-se que teria havido violação ao princípio da legalidade, vez que não teria sido observado o disposto no art. 14 da Lei 13.464/2017.

Análise

6.2. É de mister observar que, no que tange ao art. 14 da Lei 13.464/2017, este Tribunal, no exercício do controle incidental de constitucionalidade, entendeu que o aludido dispositivo é inconstitucional, rejeitando sua aplicação.

6.3. Destarte, opina-se no sentido de que o argumento apresentado não merece ser acolhido.

7. Da competência do TCU para o controle incidental de constitucionalidade.

7.1. Defendem que este Tribunal não tem competência para exercer o controle incidental de constitucionalidade, com base nos seguintes argumentos:

a) não cabe a órgãos destituídos de atribuições judiciais, como o TCU, exercer controle difuso, sob pena de grave insegurança jurídica, de modo que outros órgãos também destituídos dessa função também poderiam fazê-lo. O controle difuso exercido pelo próprio Poder Judiciário é sempre um desafio à segurança jurídica, por isso o novo Código de Processo Civil trouxe uma especial preocupação com a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência;

b) a Constituição Federal de 1988 não outorga ao TCU a competência para exercer o controle de constitucionalidade sobre leis e atos normativos do Poder Público.

Análise

7.2. A competência do TCU para a realização do controle incidental de constitucionalidade foi minuciosamente esclarecida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler (TC 028.683/2017-0, Acórdão 10.518/2017–TCU–1ª Câmara):



‘5. Em preliminar, acerca da possibilidade de esta Corte proceder ao exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, hipótese, aliás, expressamente prevista no § 2º do art. 17 de seu Regimento Interno, permito-me transcrever excerto do voto por mim proferido no âmbito do TC-021.009/2017-1, o qual veio a fundamentar o Acórdão 2.000/2017-Plenário:

“20. O controle de constitucionalidade, que tem como único objetivo a preservação da supremacia da Constituição, é o único meio pelo qual os poderes constituídos poderão fazer o exame da adequação das leis e dos atos normativos à Constituição, do ponto de vista material ou formal, em estrita observância ao princípio da compatibilidade vertical, segundo o qual a validade e, portanto, a aplicação da norma inferior depende de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

31. Parece, claro, assim, que, onde há jurisdição, há o poder-dever de se declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos incompatíveis com a Constituição. Afinal de contas, para que o TCU possa cumprir a sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade, não há como se admitir que atos contrários aos princípios constitucionais sejam tolerados, mesmo quando travestidos de lei. Daí a atualidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula nº 347, segundo a qual:

‘O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.’

32. Evidentemente que essa competência do TCU refere-se à apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público em caráter incidental e a cada caso concreto que lhe é submetido, com efeitos apenas entre as partes, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, com efeito **erga omnes**, somente compete ao STF.

33. Na verdade, parece cristalino que a Súmula 347 nada mais fez do que explicitar as atribuições outorgadas ao TCU pela Carta Magna, hoje constantes de rol bem mais extenso do que o da Constituição de 1946. Com efeito, no exercício de suas atribuições constitucionais, o TCU procede à análise de conformidade dos atos praticados pelos gestores públicos e demais responsáveis por bens e valores da União com o ordenamento jurídico vigente, em cujo vértice encontra-se a Constituição Federal. Em muitos casos, portanto, essa análise depende da interpretação de normas que regem tais atos e de seu confronto com a Constituição Federal. Daí a razão de ser da multicitada Súmula 347 do STF.

34. Tem-se, assim, que a suposta revogação do enunciado nº 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (...) representaria uma **capitis diminutio** das competências constitucionais atribuídas a esta Corte de Contas pelo constituinte originário, uma vez que, para o exercício do poder de controle inerente às atividades de fiscalização e auditoria, o TCU passaria a se subordinar tão somente à lei e não à Constituição Federal.

37. De resto, cumpre dizer que a ampla legitimação para o controle abstrato de constitucionalidade, conferida pela atual Carta Política, não eliminou o controle difuso de constitucionalidade, ainda que possa tê-lo reduzido, sendo certo que ainda hoje podem os juízes e tribunais declarar, em cada caso concreto, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público. Em menor extensão, segundo o STF, pode o TCU deixar de aplicar ao caso concreto sob sua análise lei que considere inconstitucional. Nesse contexto, pode-se afirmar que permanecem válidos os pressupostos que ensejaram a edição pelo STF da Súmula de nº 347 em 1963.”

7.3. Posta assim a questão, entende-se que o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

8. Da natureza jurídica do instituto “bônus de eficiência e produtividade”.

8.1. Defendem-se no recurso que a natureza jurídica do “bônus de eficiência e produtividade” é indenizatória, aduzindo os seguintes argumentos:

a) a natureza jurídica do instituto “bônus de eficiência e produtividade”, ainda que seja contraprestação de um serviço realizado, é eminentemente indenizatória, na medida em que representa uma compensação em favor do agente público que conseguiu aumentar a arrecadação, ou seja, é indiscutivelmente em prol do interesse da Administração;

b) com isso, o pagamento é feito sem incidência de contribuição previdenciária, por ser uma parcela indenizatória, devendo ser paga de forma proporcional e com o critério legal de maior ou menor atuação na formação do valor que será dividido para o pagamento do bônus. É claro que novas formas de remuneração de



servidores públicos podem gerar debates e formação de posicionamentos jurídicos e, no caso do bônus, não é diferente.

Análise

8.2. Para o deslinde da presente questão, é de mister transcrever os artigos 49, 51 e 61 da Lei 8.112/1990:

‘Art. 49. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I - indenizações;

II - gratificações;

III - adicionais.

§ 1º As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§ 2º As gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.’

‘Art. 51. Constituem indenizações ao servidor:

I - ajuda de custo;

II - diárias;

III - transporte.

IV - auxílio-moradia.’

‘Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais:

I - retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento

II - gratificação natalina;

III - adicional por tempo de serviço; ([Revogado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001](#))

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI - adicional noturno;

VII - adicional de férias;

VIII - **outros**, relativos ao local ou à natureza do trabalho.

IX - gratificação por encargo de curso ou concurso.’

8.3. A leitura atenta das disposições **supra** revela que, quando o legislador deseja elencar um rol de vantagens como meramente exemplificativo, utiliza a expressão “outros” (cf, *e.g.*, inciso VIII do art. 61 supracitado).

8.4. Assim, é de se concluir que compõem o rol das indenizações apenas a ajuda de custo, as diárias, o transporte e o auxílio-moradia. É dizer: o “bônus de eficiência e produtividade” não pode ser enquadrado como espécie do gênero indenização, vez que o art. 51 da Lei 8.112/1990 é taxativo e não admite a inclusão de outras vantagens.

8.5. Posto isso, cumpre perquirir a natureza jurídica do “bônus de eficiência e produtividade”. Para tanto, transcreve-se o disposto na Lei 13.464/2017:

‘Art. 7º Os servidores terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira por servidor, na proporção de:

I - 1 (um inteiro), para os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil;

II - 0,6 (seis décimos), para os Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil.

§ 1º Os servidores ativos em efetivo exercício receberão o Bônus proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela “a” do Anexo III desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo.

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela “a” do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo.’

8.6. Acrescente-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

‘O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação relaciona-se com o serviço ou com o servidor. O adicional, em princípio, adere ao vencimento e, por isso, tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente.

(...)



As indenizações são previstas em lei e destinam-se a indenizar o servidor por gastos em razão da função. Seus valores podem ser fixados em lei ou decreto, se aquela permitir. Tendo natureza jurídica indenizatória, não se incorporam à remuneração, não repercutem no cálculo dos benefícios previdenciários e não estão sujeitas ao imposto de renda' (grifos acrescidos) (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 33ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 491 e 499)

8.7. Em virtude dessas considerações, vale dizer que o “bônus de eficiência e produtividade” é, tecnicamente, um adicional, vez que se incorpora à remuneração e aos proventos, e não uma indenização. Daí porque o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

9. Da prejudicialidade para a União

9.1. Defendem que a incidência da contribuição previdenciária seria prejudicial à União, aduzindo que a incidência de CPSS também implica em percentual a ser recolhido pela União Federal, medida que implicaria, consequentemente, na ampliação dos gastos públicos, o que certamente foi objeto de avaliação pelo Poder Executivo ao criar o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil.

Análise:

9.2. O argumento apresentado não é inédito, tendo o Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler assim ponderado (TC 028.683/2017-0, Acórdão 10.518/2017–TCU–1ª Câmara):

‘10. A propósito, não posso deixar de abordar, ainda que de passagem, os principais argumentos oferecidos pela Advocacia-Geral da União (AGU) ao defender, nos autos do TC-021.009/2017-1, os pagamentos ora impugnados:

(...)

c) “a tese de incidência de contribuição previdenciária sobre o Bônus de Eficiência tem por consequência direta uma oneração maior dos cofres da União, uma vez que a contribuição patronal, ou da União, seria o dobro daquela exigida dos servidores beneficiários”, o que acabaria “por gerar um dano direto para a União”;

(...)

12. Quanto ao suposto dano que a eventual instituição de contribuição previdenciária sobre o Bônus causaria, em face da contribuição patronal (alínea “c”, acima), o argumento, com a devida vênia, é desarrazoado, mormente à luz da realidade das contas públicas nacionais. Fosse como quer a AGU, diga-se de passagem, melhor seria não cobrar contribuição nenhuma, de nenhum servidor público.

13. De fato, consideradas apenas suas fontes próprias de financiamento – a saber, as contribuições dos servidores e a chamada contribuição patronal –, o RPPS é altamente deficitário. A situação obriga o direcionamento, para custeio dos benefícios de inativos e pensionistas do setor público, de expressivo volume de receitas arrecadadas de outras fontes.

14. Ora, nesse cenário, a inclusão do Bônus nos proventos sem a respectiva contribuição previdenciária obviamente amplia a necessidade de aporte, para o sistema, de recursos adicionais do Tesouro, que, para além de sua contribuição patronal, vê-se obrigado a cobrir o que seria a parcela de esforço exigível dos próprios segurados. Aqui, não é demais enfatizar que o custo previdenciário da vantagem, havido com os seus mais de 32.000 beneficiários atuais (18.668 aposentados e 13.409 pensionistas das carreiras de Auditoria-Fiscal do Trabalho e Auditoria Tributária e Aduaneira), é da ordem de R\$ 477 milhões ao ano, custo esse integralmente assumido pelo erário ante a prescrição inserta na parte final dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017.’

9.3. Destarte, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados pelos recorrentes.

10. Da Lei Previdenciária

10.1. Defendem que, pela Lei Previdenciária, não incidiria a contribuição previdenciária sobre o “bônus de eficiência e produtividade”.

Análise:

10.2. Conforme demonstrado anteriormente nesta instrução, o “bônus de eficiência e produtividade” é, tecnicamente, um adicional, vez que se incorpora à remuneração e aos proventos, e não uma indenização.

10.3. A Lei 10.887/2004 traz o seguinte normativo em seu art. 4º, § 1º:

‘(...)

§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, **os adicionais de caráter individual** ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

(...)



XXIII - a parcela relativa ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, recebida pelos servidores da carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil; [\(Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017\)](#)

(...)' (grifos acrescentados).

10.4. É, portanto, de clareza solar que o “bônus de eficiência e produtividade”, por ter natureza jurídica de adicional, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, *ex vi* do disposto no § 1º supracitado. Observa-se que o inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei 10.887/2004 foi acrescentado pela Lei 13.464/2017, como consequência da elaboração do art. 14 dessa última lei. Ora, se o aludido art. 14 é inconstitucional, também o é o referido inciso XXIII.

10.5. Em virtude dessas considerações, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados.

11. Da liminar prolatada no Pretório Excelso

11.1. Argumenta-se que liminar exarada no MS 35.410/DF repercute no mérito do presente processo, afirmando que é preciso destacar que a decisão liminar traz de forma expressa a determinação para que o Tribunal de Contas da União abstenha-se de afastar a incidência dos dispositivos legais que asseguram o pagamento do bônus de eficiência e produtividade para os aposentados e pensionistas.

Análise:

11.2. Não se pode relegar ao oblívio que, nos autos do TC 021.009/2017-1, foi prolatado o Acórdão 2000/2017–TCU–Plenário, nos seguintes termos:

‘VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de recurso de agravo interposto pela União contra decisão que deferiu pedido de medida cautelar determinando aos Ministérios da Fazenda e do Trabalho que se abstenham de pagar a inativos e pensionistas o Bônus de Eficiência e Produtividade de que trata a Lei 13.464/2017, até a apreciação final desta representação,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 289 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do agravo interposto pela União, para, no mérito, dar-lhe provimento, para se negar conhecimento à presente representação e determinar o seu arquivamento, com a consequente revogação da medida cautelar anteriormente deferida, sem prejuízo de autorizar a Sefip a realizar a fiscalização do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituída pela Lei nº 13.464/2017 nos casos concretos que lhe forem submetidos ou de que tenham conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando for o caso;

9.2. alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF;

9.3. encaminhar cópia do inteiro teor do presente processo, assim como desta deliberação, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Procurador-Geral da República, ambos legitimados universais para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, para que tenham ciência do entendimento deste Tribunal e possam adotar as providências que entenderem cabíveis;

9.4. recomendar à Casa Civil da Presidência da República a revisão dos artigos 14 e 24 da Lei nº 13.464/2017, que instituiu o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, no sentido de se autorizar a sua inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária, tornando-a compatível com o regime previdenciário estabelecido na Constituição Federal;

9.5. dar ciência desta deliberação à agravante e aos órgãos jurisdicionados.’

11.3. Foram opostos embargos de declaração contra a deliberação supracitada, os quais foram apreciados por meio do Acórdão 2.721/2017–TCU–Plenário, nos seguintes termos:

‘VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia, nesta fase processual, embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto a esta Corte de Contas ao Acórdão nº 2.000/2017-Plenário,

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

9.1. com fundamento no art. 34 da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 287 do RITCU, conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto a esta Corte de Contas, para, no mérito, rejeitá-los;

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente, aos interessados e ao órgão jurisdicionado;

9.3. determinar à Segecex que formalize processo apartado com vistas ao planejamento e à execução de fiscalização destinada a examinar a natureza jurídica do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade



Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituído pela Lei 13.464/2017, bem como a verificar a correspondente repercussão nos pagamentos a servidores ativos e a inclusão dessa parcela em aposentadorias e pensões, ficando a critério da unidade formular o modelo adequado de fiscalização a ser executado, diante do expressivo volume de beneficiários do referido bônus.’

11.4. Ocorre que o Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes, do Pretório Excelso, nos autos dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, impetrados, respectivamente, pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal, pelo Sindicato Nacional dos Auditores do Trabalho, pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco) e Associação Nacional dos Auditores fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip) –, deferiu os pedidos liminares “para suspender os efeitos do ato impugnado no TC 021.009/2017-1, unicamente em relação aos substituídos pelo impetrante e, conseqüentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos a sua apreciação, se abstenha afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017”.

11.5. Observa-se que, ainda que dois dos citados Mandados de Segurança tenham sido impetrados por associações dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, o que em tese limitaria o alcance subjetivo das decisões aos seus filiados, o sindicato respectivo também obteve decisão liminar favorável, de modo que os comandos judiciais em questão alcançam todos os integrantes das três carreiras citadas.

11.6. Dessa forma, fica obstado que esta Corte de Contas, nos casos a serem apreciados, venha a afastar a incidência dos dispositivos da Lei 13.464/2017 que tratam do bônus por eficiência e produtividade para as carreiras dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil e dos Auditores Fiscais do Trabalho, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes do STF. Nesse sentido, merece destaque o Acórdão 631/2018–TCU–Plenário, Sessão de 21/3/2018, Ata 9/2018, TC 028.586/2017-4.

11.7. Destarte, cabe determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais que acompanhe o deslinde dos MS 35.410 e 35.494 na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos ora recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o Acórdão 2.761/2017–TCU–Plenário.

11.8. Demais disso, cabe determinar o encaminhamento ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU, nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, as informações necessárias ao acompanhamento do MS 35.410 e 35.494 no STF, para que aquele órgão adote as providências cabíveis, dando ciência à Consultoria Jurídica desta Corte.

CONSIDERAÇÃO ADICIONAL

12. Cabe ressaltar que existem, no processo, três interessadas, Maria Helena Jerônimo Pinto (CPF 191.344.366 34), Maria Lúcia Macedo Antunes (CPF 455.972.516 00) e Maria Margarida Vasconcelos de Lima (CPF 445.072.676 68), que não recorreram e que também foram afetadas pela determinação do acórdão recorrido de cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017. Como a mencionada decisão do SFT também os afeta, cabe a aplicação do art. 281 do Regimento Interno do TCU, devendo a suspensão do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.761/2017-Plenário alcançar todos os interessados.

CONCLUSÃO

13. Da análise anterior, conclui-se que:

- a) este Tribunal não deveria ter realizado a oitiva prévia dos recorrentes antes da prolação do acórdão ora recorrido, que apreciou seus atos de aposentadoria;
- b) a deliberação ora recorrida não violou o princípio da legalidade;
- c) este Tribunal tem competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade;
- d) a natureza jurídica do instituto “bônus de eficiência e produtividade” é de adicional;
- e) a decisão ora combatida está de acordo com a ordem constitucional;
- f) pela Lei Previdenciária, incide a contribuição previdenciária sobre o “bônus de eficiência e produtividade”;
- g) fica suspenso o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.761/2017–TCU–Plenário, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes do STF, nos autos dos MS 35.410 e 35.494.

13.1. Com base nessas conclusões, propõe-se o provimento parcial dos recursos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO



14. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992:

- a) conheça dos presentes recursos, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;
- b) suspenda o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.761/2017–TCU–Plenário, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes do STF, nos autos dos MS 35.410 e 35.494 (cf., *e.g.*, Acórdão 631/2018–TCU–Plenário, Sessão de 21/3/2018, Ata 9/2018, TC 028.586/2017-4);
- c) determine à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais que acompanhe o deslinde dos MS 35.410 e 35.494 na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos ora recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o Acórdão 2.761/2017–TCU–Plenário, sob pena de responsabilidade solidária do gestor;
- d) determine o encaminhamento ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU, nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, as informações necessárias ao acompanhamento dos MS 35.410 e 35.494 no STF, para que aquele órgão adote as providências cabíveis, dando ciência à Consultoria Jurídica desta Corte;
- e) dê ciência do acórdão que for prolatado aos recorrentes e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.”

5. O Ministério Público de Contas, representado nestes autos pelo Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé, manifestou-se de acordo com a proposta formulada pela secretaria especializada (peça 36).

É o relatório.

VOTO

Em julgamento, pedidos de reexame interpostos por Mara Helena Resende Gomes, Maria Lúcia Campos da Silva e pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil contra o Acórdão 2.761/2017-TCU-Plenário, por intermédio do qual este Tribunal considerou legais os atos de aposentadoria dos interessados e determinou a exclusão da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade dos seus proventos.

2. Preliminarmente, ratifico os despachos exarados no sentido de que os presentes recursos merecem ser conhecidos, porquanto preenchem os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992.

3. No mérito, a secretaria especializada propõe o conhecimento e o provimento parcial aos pedidos, a fim de suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 da deliberação recorrida enquanto vigentes as liminares deferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Alexandre de Moraes, desfecho que contou com o apoio do *Parquet* de Contas e com o qual concordo, razão pela qual acolho aqui, como razões de decidir, os fundamentos sustentados nos pareceres precedentes, sem prejuízo das seguintes considerações.

4. Em relação ao argumento de que teria havido violação ao exercício da ampla defesa e do contraditório antes da apreciação dos atos de aposentadoria, cumpre enfatizar que a súmula vinculante 3 do STF excepciona a observância dessas faculdades quando se trata da apreciação da legalidade de ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. Além disso, em consonância com o entendimento construído pelo STF sobre essa questão, o TCU, diante da perspectiva de apreciação pela ilegalidade de atos que foram disponibilizados há mais de cinco anos, oferece a oportunidade prévia de uso das garantias da ampla defesa e do contraditório, nos termos preconizados no Acórdão 587/2011-TCU-Plenário. No caso dos atos ora reexaminados, todos foram disponibilizados e apreciados no ano de 2017, ou seja, dentro do referido prazo de cinco anos, o que dispensa o oferecimento prévio do exercício da ampla defesa e do contraditório.



5. Em relação à aptidão do TCU para exercer o controle difuso de constitucionalidade, importa salientar que o Supremo Tribunal Federal, nos termos de sua Súmula 347, assentou que “o *Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade de leis e de atos do poder público*”, entendimento que esta Casa tem univocamente adotado quando o caso concreto o requer (e.g. Acórdãos 244/2010, 1.181/2010, 945/2013 e 2.000/2017, todos do Plenário). Com efeito, o Acórdão 2.000/2017-TCU-Plenário, ao cuidar do pagamento do bônus de eficiência, salientou a possibilidade de que fossem afastados dispositivos da Lei 13.464/2017, que instituiu o referido bônus, nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, com fundamento na intelecção insculpida na Súmula 347 do STF.

6. Sobre a natureza do bônus de eficiência, o TCU tem recorrentemente entendido que a referida vantagem não pode integrar os proventos de inatividade ou de pensão civil, por tratar-se de parcela remuneratória de natureza *pro labore faciendo*, expressamente excluída da base de cálculo da contribuição previdenciária. Aliás, por sua clareza e precisão, colaciono trecho do voto condutor do Acórdão 1.505/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que assim enfrentou o tema:

“10. O Bônus de Eficiência e Produtividade, a toda evidência, constitui vantagem remuneratória de caráter **pro labore faciendo**. Na realidade, sua natureza é a mesma das gratificações de desempenho previstas na estrutura de retribuição de diversas carreiras do funcionalismo, pagas em virtude do efetivo exercício de determinada atividade e segundo os resultados apresentados pelo servidor.

11. Aliás, fosse verba de caráter indenizatório, como querem os recorrentes, nem sequer se cogitaria seu pagamento na inatividade (v. art. 49, § 1º, da Lei 8.112/1990), porquanto as indenizações, conceitualmente, constituem mero ressarcimento por gastos realizados no exercício de função pública.

12. As gratificações de desempenho, por outro lado, podem, a exemplo do ‘bônus’, ser levadas para a inatividade (v. art. 49, § 2º, da Lei 8.112/1990), desde que haja, na legislação de regência, expressa previsão nesse sentido (e.g. RE 691529-AgR, do Supremo Tribunal Federal, e REsp 1.360.788, do Superior Tribunal de Justiça).

13. Assim, concretamente, o que distingue o Bônus de Eficiência previsto na Lei 13.464/2017 e as gratificações de desempenho previstas em inúmeras outras leis é que aquele não sofre, em nenhuma medida, a incidência de contribuição previdenciária, circunstância que lhe retira, por força da Constituição, a possibilidade de ser carregado para a inatividade.”

7. Em relação ao argumento de que a incidência de contribuição previdenciária sobre o bônus seria prejudicial à União, pois implicaria percentual a ser recolhido pelo ente estatal e ampliaria os gastos públicos, o TCU já enfrentou essa alegação em outras oportunidades, a exemplo do Acórdão 10.518/2017-TCU-1ª Câmara. Permito-me repisar as oportunas ponderações feitas pelo Ministro Benjamin Zymler naquela oportunidade:

“12. Quanto ao suposto dano que a eventual instituição de contribuição previdenciária sobre o Bônus causaria, em face da contribuição patronal (alínea ‘c’, acima), o argumento, com a devida vênia, é desarrazoado, mormente à luz da realidade das contas públicas nacionais. Fosse como quer a AGU, diga-se de passagem, melhor seria não cobrar contribuição nenhuma, de nenhum servidor público.

13. De fato, consideradas apenas suas fontes próprias de financiamento – a saber, as contribuições dos servidores e a chamada contribuição patronal –, o RPPS é altamente deficitário. A situação obriga o direcionamento, para custeio dos benefícios de inativos e pensionistas do setor público, de expressivo volume de receitas arrecadadas de outras fontes.

14. Ora, nesse cenário, a inclusão do Bônus nos proventos sem a respectiva contribuição previdenciária obviamente amplia a necessidade de aporte, para o sistema, de recursos adicionais do Tesouro, que, para além de sua contribuição patronal, vê-se obrigado a cobrir o que seria a parcela de esforço exigível dos próprios segurados. Aqui, não é demais enfatizar que o custo previdenciário da vantagem, havido com os seus mais de 32.000 beneficiários atuais (18.668 aposentados e 13.409 pensionistas das carreiras de Auditoria-Fiscal do Trabalho e Auditoria Tributária e Aduaneira), é da ordem de R\$ 477 milhões ao ano, custo esse integralmente assumido pelo erário ante a prescrição inserta na parte final dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017.”

8. Por fim, convém ressaltar que a questão atinente ao pagamento do bônus de eficiência e produtividade foi levada ao descortino do Supremo Tribunal Federal por diversas entidades



representativas de servidores públicos. Refiro-me aos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, ocasiões em que o Ministro Alexandre de Moraes deferiu pedidos liminares:

“para suspender os efeitos do ato impugnado na TC 021.009/2017-1, unicamente, em relação aos substituídos pelo impetrante e, consequentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos a sua apreciação, se abstenha afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017”.

9. Nesse cenário, muito embora os demais argumentos trazidos pelos recorrentes não mereçam guarida, o TCU encontra-se impedido de determinar a imediata exclusão da parcela relativa ao bônus de eficiência e produtividade dos proventos das interessadas. Por conseguinte, seguindo a linha dos Acórdãos 2.134/2018, 2.214/2018 e 2.215/2018, todos do Plenário desta Corte, dentre outros, cumprir dar provimento parcial aos presentes pedidos de reexame a fim de suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.761/2017-TCU-Plenário enquanto estiverem vigentes as liminares deferidas no âmbito do STF, sem prejuízo de determinar ao órgão de origem que acompanhe os referidos Mandados de Segurança e, em caso de decisão desfavorável à entidade representativa das carreiras dos interessados, faça cumprir o disposto no subitem 9.2.2 do Acórdão 2.761/2017-TCU-Plenário, sob pena de responsabilização solidária da autoridade administrativa omissa.

Em face do exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2311/2018 – TCU – Plenário

1. Processo n.º TC 028.620/2017-8.

2. Grupo I – Classe de Assunto I – Pedido de Reexame (Aposentadoria).

3. Recorrentes: Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil (Sindireceita); Mara Helena Resende Gomes (323.558.746-20); Maria Lúcia Campos da Silva (487.215.656-00).

3.1. Interessados: Mara Helena Resende Gomes (323.558.746-20); Maria Helena Jerônimo Pinto (191.344.366-34); Maria Lúcia Campos da Silva (487.215.656-00); Maria Lúcia Macedo Antunes (455.972.516-00); Maria Margarida Vasconcelos Lima (445.072.676-68).

4. Órgão: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais.

5. Relator: Ministro Bruno Dantas.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro.

6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).

8. Representação legal: Claudio Renato do Canto Farág (OAB/DF 14.005 e OAB/SP 389.410) e outros, representando Mara Helena Resende Gomes; Alessandra Damian Cavalcanti (OAB/DF 17.717) e outros, representando o Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil e Maria Lúcia Campos da Silva.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedidos de reexame interpostos por Mara Helena Resende Gomes, Maria Lúcia Campos da Silva e pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil contra o Acórdão 2.761/2017-TCU-Plenário, por intermédio do qual este Tribunal considerou legais os atos de aposentadoria dos interessados e determinou a exclusão da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade dos seus proventos;

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

9.1. com fundamento nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, conhecer e dar



provimento parcial aos presentes pedidos de reexame;

9.2. suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.761/2017-TCU-Plenário enquanto estiverem vigentes as liminares deferidas no âmbito dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, em trâmite no âmbito do Supremo Tribunal Federal;

9.3. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais que acompanhe os Mandados de Segurança referidos no subitem anterior e, em caso de decisão desfavorável à entidade representativa das carreiras dos interessados, faça cumprir o disposto no subitem 9.2.2 do Acórdão 2.761/2017-TCU-Plenário, sob pena de responsabilização solidária da autoridade administrativa omissa;

9.4. dar ciência deste acórdão aos recorrentes e à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Minas Gerais.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2311-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 028.650/2017-4

Natureza: Pedido de Reexame (Aposentadoria)

Órgão: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo

Recorrentes: Jose Maria Lopes da Cunha (718.408.778-04); José Antonio Homem (536.885.036-00); José Fernando Pereira de Almeida (006.600.408-08)

Interessados: Jose Maria Lopes da Cunha (718.408.778-04); Jose Roberto Martinez (727.870.408-10); José Antonio Homem (536.885.036-00); José Fernandes Barbosa (832.617.028-34); José Fernando Pereira de Almeida (006.600.408-08); José Rubens Gomes Carneiro (966.629.648-91)

Representação legal: Claudio Renato do Canto Farág (OAB/DF 14.005 e OAB/SP 389.410) e outros, representando José Fernando Pereira de Almeida, José Antonio Homem e Jose Maria Lopes da Cunha

SUMÁRIO: APOSENTADORIA. PAGAMENTO DE RUBRICA RELATIVA AO BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE IMPLEMENTADO PELA LEI 13.464/2017. VANTAGEM QUE NÃO SE INSERE NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CARREAMENTO DA PARCELA AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO. IRREGULARIDADE NÃO CONSTANTE DOS ATOS. LEGALIDADE DAS CONCESSÕES COM DETERMINAÇÃO PARA EXCLUSÃO DA PARCELA INQUINADA DOS PROVENTOS. PEDIDOS DE REEXAME. DECISÕES LIMINARES EXARADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO PARA EXCLUSÃO DA VANTAGEM IMPUGNADA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO



Cuidam os autos de pedidos de reexame interpostos pelos recorrentes em epígrafe contra o Acórdão 112/2018-TCU-Plenário.

2. A deliberação recorrida, relatada pelo Ministro José Múcio Monteiro, apresentou o seguinte teor:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam das concessões de aposentadorias a servidores da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 71, incisos III e IX, da Constituição Federal, arts. 1º, inciso V, 39, inciso II, e 45 da Lei nº 8.443/1992, arts. 260 e 262, § 2º, do Regimento Interno e art. 6º, § 2º, da Resolução TCU nº 206/2007, com a redação dada pela Resolução TCU nº 237/2010, em:

9.1. considerar legais os atos de concessões de aposentadorias a José Antonio Homem, José Fernandes Barbosa, José Fernando Pereira de Almeida, José Maria Lopes da Cunha, José Roberto Martinez e José Rubens Gomes Carneiro, ordenando o registro;

9.2. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo que adote medidas para:

9.2.1. dar ciência, no prazo de 15 (quinze) dias, do inteiro teor desta deliberação aos aposentados, alertando-os de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos perante o TCU não os exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso esses não sejam providos;

9.2.2. fazer cessar, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa, o pagamento aos inativos do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei nº 13.464/2017, por incompatível com o art. 40, caput e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal, dada a expressa exclusão da vantagem, de caráter pro labore faciendo, da base de cálculo de contribuição previdenciária;

9.2.3. encaminhar ao TCU, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão, documento apto a comprovar que os interessados tiveram conhecimento do acórdão;

9.3. determinar à Sefip que monitore o cumprimento da determinação relativa à cessação de pagamentos indevidos, representando ao Tribunal em caso de não atendimento.”

3. Admitido o processamento dos recursos, porquanto preenchidos os requisitos previstos no art. 48 da Lei 8.443/1992, conferi efeito suspensivo ao item 9.2.2 do acórdão recorrido, em relação aos recorrentes (peça 29).

4. Instruído o presente feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pela Secretaria de Recursos deste Tribunal (peça 32), que contou com a anuência do corpo diretivo daquela unidade (peças 33 e 34):

“HISTÓRICO

2. Trata-se de processo de aposentadoria que considerou legais os atos de aposentadoria dos recorrentes e determinou e determinou a exclusão de seus proventos da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017, porquanto essa mesma lei exclui a vantagem da base de cálculo da contribuição previdenciária dos segurados.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 24, 25 e 26), ratificados à peça 29, pelo Relator, Ministro Bruno Dantas, que entendeu pelo conhecimento do recurso, uma vez que preenchidos os requisitos do art. 48 da Lei 8.443/92, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos do item 9.2.2 do Acórdão 112/2018 – TCU – Plenário em relação aos recorrentes.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

- a) este Tribunal deveria ter realizado a oitiva prévia dos recorrentes antes da prolação do acórdão ora recorrido, que apreciou seus atos de aposentadoria;
- b) a deliberação ora recorrida violou o princípio da legalidade;
- c) este Tribunal tem competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade;
- d) a natureza jurídica do instituto ‘bônus de eficiência e produtividade’ é eminentemente indenizatória;
- e) a decisão ora combatida é prejudicial para a União;



f) pela Lei Previdenciária, não incidiria a contribuição previdenciária sobre o ‘bônus de eficiência e produtividade’.

5. Da oitiva prévia dos recorrentes.

5.1. Defendem-se no recurso que o acórdão recorrido seria nulo, eis que a Sefip, em nenhum momento, notificou os recorrentes para apresentarem manifestação preliminar.

Análise

5.2. Rejeita-se, desde já, o argumento de ter havido violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em virtude de não ter sido oportunizado aos ora recorrentes o direito de se manifestarem nos autos antes da prolação do acórdão recorrido, porquanto o entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante 3 do STF expressamente excepciona a observância do contraditório e da ampla defesa previamente ao julgamento do Tribunal, nesses termos:

‘Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, **excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão**’ (grifos acrescidos).

5.3. Assim, nos termos da referida súmula, o STF, ao julgar os MS’s 25.116 e 25.403, confirmou seu entendimento no sentido de que a Corte de Contas, nos processos de registro de aposentadoria, reforma e pensão, deve oportunizar o contraditório à parte interessada somente nos casos em que haja ultrapassado o lapso quinquenal para o julgamento do TCU. Na oportunidade, restou decidido, ainda, que o prazo não deve ser contado a partir da concessão do benefício, mas apenas do momento em que o ato foi encaminhado ao Tribunal de Contas da União para registro, pois somente a partir daí a Corte de Contas teria ciência dos motivos que levaram à sua edição.

5.4. Com base nesse entendimento, por intermédio do Acórdão 587/2011-TCU-Plenário, este Tribunal definiu a sistemática para apreciação dos atos sujeitos a registro, nestes termos:

‘O TCU, diante de constatação que possa levar à negativa de registro de ato de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, deve assegurar aos beneficiários a oportunidade do uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sempre que transcorrido lapso temporal superior a cinco anos quando da apreciação.’

5.5. A tabela abaixo esquematiza as datas relevantes de disponibilização ao TCU dos atos de aposentadoria dos recorrentes:

Interessado	Data de disponibilização do ato ao TCU	Localização da peça nos autos
José Antonio Homem	15/2/2016	Peça 4
José Maria Lopes da Cunha	11/7/2017	Peça 2
José Fernando Pereira de Almeida	13/1/2017	Peça 6

5.6. O julgamento de todos os atos ocorreu em 24/1/2018, em Sessão realizada pelo Plenário, dentro, portanto, do referido prazo de 5 (cinco) anos.

5.7. Nesse contexto, verifica-se que esta Corte de Contas julgou os atos concessórios dos recorrentes dentro do quinquênio legal, em consonância com a orientação da Corte Suprema, devendo, deste modo, não ser acatado o argumento de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

5.8. Cabe esclarecer que esta Corte de Contas não intima pessoalmente a parte acerca da data em que será julgado processo de seu interesse. Tal fato não ofende qualquer princípio constitucional ligado à defesa, vez que a publicação da pauta de julgamentos no Diário Oficial da União é suficiente para conferir publicidade ao ato processual. Tal exegese encontra amparo em deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de Agravo Regimental em Mandado de Segurança (MS-AgR 26.732/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia), conforme excerto a seguir transcrito:

‘EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DATA DA SESSÃO. DESNECESSIDADE.

1. Não se faz necessária a notificação prévia e pessoal da data em que será realizada a sessão de julgamento de recurso de reconsideração pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal quando a pauta de julgamentos é publicada no Diário Oficial da União.



2. O pedido de sustentação oral pode ser feito, conforme autoriza o art. 168 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, até quatro horas antes da sessão. Para tanto, é necessário que os interessados no julgamento acompanhem o andamento do processo e as publicações feitas no Diário Oficial da União.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.'

5.9. Nessa ordem de ideias, é de se propor a rejeição dos argumentos dos recorrentes.

6. Do princípio da legalidade.

6.1. Defendem-se no recurso que teria havido violação ao princípio da legalidade, vez que não teria sido observado o disposto no art. 14 da Lei 13.464/2017.

Análise

6.2. É de mister observar que, no que tange ao art. 14 da Lei 13.464/2017, este Tribunal, no exercício do controle incidental de constitucionalidade, entendeu que o aludido dispositivo é inconstitucional, rejeitando sua aplicação.

6.3. Destarte, opina-se no sentido de que o argumento apresentado não merece ser acolhido.

7. Da competência do TCU para o controle incidental de constitucionalidade.

7.1. Defendem-se no recurso que este Tribunal não tem competência para exercer o controle incidental de constitucionalidade.

Análise

7.2. A competência do TCU para a realização do controle incidental de constitucionalidade foi minuciosamente esclarecida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler (TC 028.683/2017-0, Acórdão 10.518/2017-TCU-1ª Câmara):

'5. Em preliminar, acerca da possibilidade de esta Corte proceder ao exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, hipótese, aliás, expressamente prevista no § 2º do art. 17 de seu Regimento Interno, permito-me transcrever excerto do voto por mim proferido no âmbito do TC-021.009/2017-1, o qual veio a fundamentar o Acórdão 2.000/2017-Plenário:

'20. O controle de constitucionalidade, que tem como único objetivo a preservação da supremacia da Constituição, é o único meio pelo qual os poderes constituídos poderão fazer o exame da adequação das leis e dos atos normativos à Constituição, do ponto de vista material ou formal, em estrita observância ao princípio da compatibilidade vertical, segundo o qual a validade e, portanto, a aplicação da norma inferior depende de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

31. Parece, claro, assim, que, onde há jurisdição, há o poder-dever de se declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos incompatíveis com a Constituição. Afinal de contas, para que o TCU possa cumprir a sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade, não há como se admitir que atos contrários aos princípios constitucionais sejam tolerados, mesmo quando travestidos de lei. Daí a atualidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula nº 347, segundo a qual:

'O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.'

32. Evidentemente que essa competência do TCU refere-se à apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público em caráter incidental e a cada caso concreto que lhe é submetido, com efeitos apenas entre as partes, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, com efeito **erga omnes**, somente compete ao STF.

33. Na verdade, parece cristalino que a Súmula 347 nada mais fez do que explicitar as atribuições outorgadas ao TCU pela Carta Magna, hoje constantes de rol bem mais extenso do que o da Constituição de 1946. Com efeito, no exercício de suas atribuições constitucionais, o TCU procede à análise de conformidade dos atos praticados pelos gestores públicos e demais responsáveis por bens e valores da União com o ordenamento jurídico vigente, em cujo vértice encontra-se a Constituição Federal. Em muitos casos, portanto, essa análise depende da interpretação de normas que regem tais atos e de seu confronto com a Constituição Federal. Daí a razão de ser da multicitada Súmula 347 do STF.

34. Tem-se, assim, que a suposta revogação do enunciado nº 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (...) representaria uma **capitis diminutio** das competências constitucionais atribuídas a esta Corte de Contas pelo constituinte originário, uma vez que, para o exercício do poder de controle inerente às atividades de fiscalização e auditoria, o TCU passaria a se subordinar tão somente à lei e não à Constituição Federal.



37. De resto, cumpre dizer que a ampla legitimação para o controle abstrato de constitucionalidade, conferida pela atual Carta Política, não eliminou o controle difuso de constitucionalidade, ainda que possa tê-lo reduzido, sendo certo que ainda hoje podem os juízes e tribunais declarar, em cada caso concreto, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público. Em menor extensão, segundo o STF, pode o TCU deixar de aplicar ao caso concreto sob sua análise lei que considere inconstitucional. Nesse contexto, pode-se afirmar que permanecem válidos os pressupostos que ensejaram a edição pelo STF da Súmula de nº 347 em 1963.”

7.3. Posta assim a questão, entende-se que o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

8. Da natureza jurídica do instituto ‘bônus de eficiência e produtividade’.

8.1. Defendem-se no recurso que a natureza jurídica do ‘bônus de eficiência e produtividade’ é indenizatória, aduzindo os seguintes argumentos:

a) a natureza jurídica do instituto ‘bônus de eficiência e produtividade’, ainda que seja contraprestação de um serviço realizado, é eminentemente indenizatória, na medida em que representa uma compensação em favor do agente público que conseguiu aumentar a arrecadação, ou seja, é indiscutivelmente em prol do interesse da Administração;

b) com isso, o pagamento é feito sem incidência de contribuição previdenciária, por ser uma parcela indenizatória, devendo ser paga de forma proporcional e com o critério legal de maior ou menor atuação na formação do valor que será dividido para o pagamento do bônus. É claro que novas formas de remuneração de servidores públicos podem gerar debates e formação de posicionamentos jurídicos e, no caso do bônus, não é diferente.

Análise

8.2. Para o deslinde da presente questão, é de mister transcrever os artigos 49, 51 e 61 da Lei 8.112/1990:

‘Art. 49. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I - indenizações;

II - gratificações;

III - adicionais.

§ 1º As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§ 2º As gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.’

‘Art. 51. Constituem indenizações ao servidor:

I - ajuda de custo;

II - diárias;

III - transporte.

IV - auxílio-moradia.’

‘Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais:

I - retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento

II - gratificação natalina;

III - adicional por tempo de serviço; ([Revogado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001](#))

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI - adicional noturno;

VII - adicional de férias;

VIII - **outros**, relativos ao local ou à natureza do trabalho.

IX - gratificação por encargo de curso ou concurso.’

8.3. A leitura atenta das disposições **supra** revela que, quando o legislador deseja elencar um rol de vantagens como meramente exemplificativo, utiliza a expressão ‘outros’ (cf, *e.g.*, inciso VIII do art. 61 supracitado).

8.4. Assim, é de se concluir que compõem o rol das indenizações apenas a ajuda de custo, as diárias, o transporte e o auxílio-moradia. É dizer: o ‘bônus de eficiência e produtividade’ não pode ser enquadrado como espécie do gênero indenização, vez que o art. 51 da Lei 8.112/1990 é taxativo e não admite a inclusão de outras vantagens.

8.5. Posto isso, cumpre perquirir a natureza jurídica do ‘bônus de eficiência e produtividade’. Para tanto, transcreve-se o disposto na Lei 13.464/2017:

‘Art. 7º Os servidores terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira por servidor, na proporção de:

I - 1 (um inteiro), para os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil;

II - 0,6 (seis décimos), para os Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil.

§ 1º Os servidores ativos em efetivo exercício receberão o Bônus proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela ‘a’ do Anexo III desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo.

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela ‘a’ do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo.’

8.6. Acrescente-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

‘O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação relaciona-se com o serviço ou com o servidor. O adicional, em princípio, adere ao vencimento e, por isso, tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente.

(...)

As indenizações são previstas em lei e destinam-se a indenizar o servidor por gastos em razão da função. Seus valores podem ser fixados em lei ou decreto, se aquela permitir. Tendo natureza jurídica indenizatória, não se incorporam à remuneração, não repercutem no cálculo dos benefícios previdenciários e não estão sujeitas ao imposto de renda’ (grifos acrescidos) (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 33ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 491 e 499)

8.7. Em virtude dessas considerações, vale dizer que o ‘bônus de eficiência e produtividade’ é, tecnicamente, um adicional, vez que se incorpora à remuneração e aos proventos, e não uma indenização. Daí porque o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

9. Da prejudicialidade para a União.

9.1. Defendem-se no recurso que a incidência da contribuição previdenciária seria prejudicial à União, visto que a tese da incidência de contribuição previdenciária sobre o bônus de eficiência tem por consequência direta uma oneração maior dos cofres da União, uma vez que a contribuição patronal, ou da União, seria o dobro daquela exigida dos servidores beneficiários. Portanto, a decisão ora combatida acaba por gerar um dano direto para a União.

Análise

9.2. O argumento apresentado não é inédito, tendo o Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler assim ponderado (TC 028.683/2017-0, Acórdão 10.518/2017–TCU–1ª Câmara):

‘10. A propósito, não posso deixar de abordar, ainda que de passagem, os principais argumentos oferecidos pela Advocacia-Geral da União (AGU) ao defender, nos autos do TC-021.009/2017-1, os pagamentos ora impugnados:

(...)

c) ‘a tese de incidência de contribuição previdenciária sobre o Bônus de Eficiência tem por consequência direta uma oneração maior dos cofres da União, uma vez que a contribuição patronal, ou da União, seria o dobro daquela exigida dos servidores beneficiários’, o que acabaria ‘por gerar um dano direto para a União’;

(...)

12. Quanto ao suposto dano que a eventual instituição de contribuição previdenciária sobre o Bônus causaria, em face da contribuição patronal (alínea ‘c’, acima), o argumento, com a devida vênia, é desarrazoado, mormente à luz da realidade das contas públicas nacionais. Fosse como quer a AGU, diga-se de passagem, melhor seria não cobrar contribuição nenhuma, de nenhum servidor público.

13. De fato, consideradas apenas suas fontes próprias de financiamento – a saber, as contribuições dos servidores e a chamada contribuição patronal –, o RPPS é altamente deficitário. A situação obriga o direcionamento, para custeio dos benefícios de inativos e pensionistas do setor público, de expressivo volume de receitas arrecadadas de outras fontes.



14. Ora, nesse cenário, a inclusão do Bônus nos proventos sem a respectiva contribuição previdenciária obviamente amplia a necessidade de aporte, para o sistema, de recursos adicionais do Tesouro, que, para além de sua contribuição patronal, vê-se obrigado a cobrir o que seria a parcela de esforço exigível dos próprios segurados. Aqui, não é demais enfatizar que o custo previdenciário da vantagem, havido com os seus mais de 32.000 beneficiários atuais (18.668 aposentados e 13.409 pensionistas das carreiras de Auditoria-Fiscal do Trabalho e Auditoria Tributária e Aduaneira), é da ordem de R\$ 477 milhões ao ano, custo esse integralmente assumido pelo erário ante a prescrição inserta na parte final dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017.’

9.3. Destarte, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados pelos recorrentes.

10. Da Lei Previdenciária.

10.1. Defende-se no recurso que, pela Lei Previdenciária, não incidiria a contribuição previdenciária sobre o ‘bônus de eficiência e produtividade’.

Análise

10.2. Para o deslinde da presente questão, traz-se à colação o § 1º do art. 4º da Lei 10.887, de 18 de junho de 2004:

‘(...)

§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, **os adicionais de caráter individual** ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

(...)

XXIII - a parcela relativa ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, recebida pelos servidores da carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil; [\(Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017\)](#)

(...)’ (grifos acrescidos).

10.3. É, portanto, de clareza solar que o ‘bônus de eficiência e produtividade’, por ter natureza jurídica de adicional, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, **ex vi** do disposto no § 1º supracitado. Observa-se que o inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei 10.887/2004 foi acrescentado pela Lei 13.464/2017, como consequência da elaboração do art. 14 dessa última lei. Ora, se o aludido art. 14 é inconstitucional, também o é o referido inciso XXIII.

10.4. Em virtude dessas considerações, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados.

CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

11. Não se pode relegar ao oblívio que, nos autos do TC 021.009/2017-1, foi prolatado o Acórdão 2000/2017–TCU–Plenário, nos seguintes termos:

‘VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de recurso de agravo interposto pela União contra decisão que deferiu pedido de medida cautelar determinando aos Ministérios da Fazenda e do Trabalho que se abstenham de pagar a inativos e pensionistas o Bônus de Eficiência e Produtividade de que trata a Lei 13.464/2017, até a apreciação final desta representação,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 289 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do agravo interposto pela União, para, no mérito, dar-lhe provimento, para se negar conhecimento à presente representação e determinar o seu arquivamento, com a consequente revogação da medida cautelar anteriormente deferida, sem prejuízo de autorizar a Sefip a realizar a fiscalização do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituída pela Lei nº 13.464/2017 nos casos concretos que lhe forem submetidos ou de que tenham conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando for o caso;

9.2. alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF;

9.3. encaminhar cópia do inteiro teor do presente processo, assim como desta deliberação, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Procurador-Geral da República, ambos legitimados universais para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, para que tenham ciência do entendimento deste Tribunal e possam adotar as providências que entenderem cabíveis;

9.4. recomendar à Casa Civil da Presidência da República a revisão dos artigos 14 e 24 da Lei nº 13.464/2017, que instituiu o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, no sentido de se autorizar a sua inclusão na base de cálculo da



contribuição previdenciária, tornando-a compatível com o regime previdenciário estabelecido na Constituição Federal;’

9.5. dar ciência desta deliberação à agravante e aos órgãos jurisdicionados.

11.1. Foram opostos embargos de declaração contra a deliberação supracitada, os quais foram apreciados por meio do Acórdão 2.721/2017–TCU–Plenário, nos seguintes termos:

‘VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia, nesta fase processual, embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto a esta Corte de Contas ao Acórdão nº 2.000/2017-Plenário,

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

9.1. com fundamento no art. 34 da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 287 do RITCU, conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto a esta Corte de Contas, para, no mérito, rejeitá-los;

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente, aos interessados e ao órgão jurisdicionado;

9.3. determinar à Segecex que formalize processo apartado com vistas ao planejamento e à execução de fiscalização destinada a examinar a natureza jurídica do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituído pela Lei 13.464/2017, bem como a verificar a correspondente repercussão nos pagamentos a servidores ativos e a inclusão dessa parcela em aposentadorias e pensões, ficando a critério da unidade formular o modelo adequado de fiscalização a ser executado, diante do expressivo volume de beneficiários do referido bônus.’

11.2. Ocorre que o Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes, do Pretório Excelso, nos autos dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, impetrados, respectivamente, pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal, pelo Sindicato Nacional dos Auditores do Trabalho, pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco) e Associação Nacional dos Auditores fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip) –, deferiu os pedidos liminares **‘para suspender os efeitos do ato impugnado no TC 021.009/2017-1, unicamente em relação aos substituídos pelo impetrante e, consequentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos a sua apreciação, se abstenha afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017’.**

11.3. Observa-se que, ainda que dois dos citados Mandados de Segurança tenham sido impetrados por associações dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, o que em tese limitaria o alcance subjetivo das decisões aos seus filiados, o sindicato respectivo também obteve decisão liminar favorável, de modo que os comandos judiciais em questão alcançam todos os integrantes das três carreiras citadas.

11.4. Dessa forma, fica obstado que esta Corte de Contas, nos casos a serem apreciados, venha a afastar a incidência dos dispositivos da Lei 13.464/2017 que tratam do bônus por eficiência e produtividade para as carreiras dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil e dos Auditores Fiscais do Trabalho, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes do STF. Nesse sentido, merece destaque o Acórdão 631/2018–TCU–Plenário, Sessão de 21/3/2018, Ata 9/2018, TC 028.586/2017-4.

11.5. Destarte, cabe determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo que acompanhe o deslinde do MS 35.494/DF na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos ora recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o Acórdão 112/2018 – TCU – Plenário.

11.6. Demais disso, cabe determinar o encaminhamento ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU, nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, as informações necessárias ao acompanhamento do MS 35.494 no STF, para que aquele órgão adote as providências cabíveis, dando ciência à Consultoria Jurídica desta Corte.

11.7. Cabe ressaltar que existem, no processo, três interessados, José Fernandes Barbosa (CPF 832.617.028 34), José Roberto Martinez (CPF 727.870.408 10) e José Rubens Gomes Carneiro (CPF 966.629.648 91), que não recorreram e que também foram afetados pela determinação do acórdão recorrido de cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017. Como a mencionada decisão do SFT também os afeta, cabe a aplicação do art. 281 do Regimento Interno do TCU, devendo a suspensão do subitem 9.2.2 do Acórdão 112/2018-TCU-Plenário alcançar todos os interessados.

CONCLUSÃO

12. Da análise anterior, conclui-se que:



- a) este Tribunal não deveria ter realizado a oitiva prévia dos recorrentes antes da prolação do acórdão ora recorrido, que apreciou seus atos de aposentadoria;
- b) a deliberação ora recorrida não violou o princípio da legalidade;
- c) este Tribunal tem competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade;
- d) a natureza jurídica do instituto ‘bônus de eficiência e produtividade’ é de adicional;
- e) a decisão ora combatida está de acordo com a ordem constitucional;
- f) pela Lei Previdenciária, incide a contribuição previdenciária sobre o ‘bônus de eficiência e produtividade’;
- g) fica suspenso o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 112/2018 – TCU – Plenário, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes do STF, nos autos do MS 35.494/DF.

12.1. Com base nessas conclusões, propõe-se o não provimento dos recursos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer dos recursos interpostos para, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) suspenda o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 112/2018 – TCU – Plenário, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes do STF, nos autos do MS 35.494 (cf., e.g., Acórdão 631/2018–TCU–Plenário, Sessão de 21/3/2018, Ata 9/2018, TC 028.586/2017-4);
- c) determine à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo que acompanhe o deslinde do MS 35.494 na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável às ora recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o Acórdão 112/2018 – TCU – Plenário, sob pena de responsabilidade solidária do gestor;
- d) determine o encaminhamento ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU, nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, as informações necessárias ao acompanhamento do MS 35.494 no STF, para que aquele órgão adote as providências cabíveis, dando ciência à Consultoria Jurídica desta Corte; e
- e) dar ciência do acórdão que for prolatado aos recorrentes e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.”

5. O Ministério Público de Contas, representado nestes autos pela Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, manifestou-se de acordo com a proposta formulada pela secretaria especializada com pequeno ajuste, nos termos do seguinte parecer (peça 35):

“Esta representante do Ministério Público coloca-se de acordo com a proposição firmada pela Secretaria de Recursos – Serur, sugerindo apenas que, ao invés de ser negado provimento aos recursos, seja-lhes dado provimento parcial, adotadas todas as providências propostas na instrução de peça n.º 32, a qual obteve o aval do corpo diretivo da Serur, às peças n.ºs 33 e 34.”

É o relatório.

VOTO

Em julgamento, pedidos de reexame interpostos por Jose Maria Lopes da Cunha, José Antonio Homem e José Fernando Pereira de Almeida contra o Acórdão 112/2018-TCU-Plenário, por intermédio do qual este Tribunal considerou legais os atos de aposentadoria dos interessados e determinou a exclusão da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade dos seus proventos.

2. Preliminarmente, ratifico o despacho exarado no sentido de que os presentes recursos merecem ser conhecidos, porquanto preenchem os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992.

3. No mérito, a secretaria especializada propõe o conhecimento e a negativa de provimento dos pedidos, além da suspensão do cumprimento do subitem 9.2.2 da deliberação recorrida enquanto vigentes as liminares deferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Alexandre de Moraes, O *Parquet* de Contas anuiu à proposição formulada pela Serur, sugerindo que fosse dado



provimento parcial aos recursos, desfecho com o qual concordo, razão pela qual acolho aqui, como razões de decidir, os fundamentos sustentados nos pareceres precedentes, sem prejuízo das seguintes considerações.

4. Em relação ao argumento de que teria havido violação ao exercício da ampla defesa e do contraditório antes da apreciação dos atos de aposentadoria, cumpre enfatizar que a súmula vinculante 3 do STF excepciona a observância dessas faculdades quando se trata da apreciação da legalidade de ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. Além disso, em consonância com o entendimento construído pelo STF sobre essa questão, o TCU, diante da perspectiva de apreciação pela ilegalidade de atos que foram disponibilizados há mais de cinco anos, oferece a oportunidade prévia de uso das garantias da ampla defesa e do contraditório, nos termos preconizados no Acórdão 587/2011-TCU-Plenário. No caso dos atos ora reexaminados, eles foram disponibilizados nos anos de 2016 e 2017, e apreciados no ano de 2018, ou seja, dentro do referido prazo de cinco anos, o que dispensa o oferecimento prévio do exercício da ampla defesa e do contraditório.

5. Em relação à aptidão do TCU para exercer o controle difuso de constitucionalidade, importa salientar que o Supremo Tribunal Federal, nos termos de sua Súmula 347, assentou que “o *Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade de leis e de atos do poder público*”, entendimento que esta Casa tem univocamente adotado quando o caso concreto o requer (e.g. Acórdãos 244/2010, 1.181/2010, 945/2013 e 2.000/2017, todos do Plenário). Com efeito, o Acórdão 2.000/2017-TCU-Plenário, ao cuidar do pagamento do bônus de eficiência, salientou a possibilidade de que fossem afastados dispositivos da Lei 13.464/2017, que instituiu o referido bônus, nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, com fundamento na intelecção insculpida na Súmula 347 do STF.

6. Sobre a natureza do bônus de eficiência, o TCU tem recorrentemente entendido que a referida vantagem não pode integrar os proventos de inatividade ou de pensão civil, por tratar-se de parcela remuneratória de natureza *pro labore faciendo*, expressamente excluída da base de cálculo da contribuição previdenciária. Aliás, por sua clareza e precisão, colaciono trecho do voto condutor do Acórdão 1.505/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que assim enfrentou o tema:

“10. O Bônus de Eficiência e Produtividade, a toda evidência, constitui vantagem remuneratória de caráter **pro labore faciendo**. Na realidade, sua natureza é a mesma das gratificações de desempenho previstas na estrutura de retribuição de diversas carreiras do funcionalismo, pagas em virtude do efetivo exercício de determinada atividade e segundo os resultados apresentados pelo servidor.

11. Aliás, fosse verba de caráter indenizatório, como querem os recorrentes, nem sequer se cogitaria seu pagamento na inatividade (v. art. 49, § 1º, da Lei 8.112/1990), porquanto as indenizações, conceitualmente, constituem mero ressarcimento por gastos realizados no exercício de função pública.

12. As gratificações de desempenho, por outro lado, podem, a exemplo do ‘bônus’, ser levadas para a inatividade (v. art. 49, § 2º, da Lei 8.112/1990), desde que haja, na legislação de regência, expressa previsão nesse sentido (e.g. RE 691529-AgR, do Supremo Tribunal Federal, e REsp 1.360.788, do Superior Tribunal de Justiça).

13. Assim, concretamente, o que distingue o Bônus de Eficiência previsto na Lei 13.464/2017 e as gratificações de desempenho previstas em inúmeras outras leis é que aquele não sofre, em nenhuma medida, a incidência de contribuição previdenciária, circunstância que lhe retira, por força da Constituição, a possibilidade de ser carregado para a inatividade.”

7. Em relação ao argumento de que a incidência de contribuição previdenciária sobre o bônus seria prejudicial à União, pois implicaria percentual a ser recolhido pelo ente estatal e ampliaria os gastos públicos, o TCU já enfrentou essa alegação em outras oportunidades, a exemplo do Acórdão 10.518/2017-TCU-1ª Câmara. Permito-me repisar as oportunas ponderações feitas pelo Ministro Benjamin Zymler naquela oportunidade:

“12. Quanto ao suposto dano que a eventual instituição de contribuição previdenciária sobre o Bônus causaria, em face da contribuição patronal (alínea ‘c’, acima), o argumento, com a devida vênia, é desarrazoado,



mormente à luz da realidade das contas públicas nacionais. Fosse como quer a AGU, diga-se de passagem, melhor seria não cobrar contribuição nenhuma, de nenhum servidor público.

13. De fato, consideradas apenas suas fontes próprias de financiamento – a saber, as contribuições dos servidores e a chamada contribuição patronal –, o RPPS é altamente deficitário. A situação obriga o direcionamento, para custeio dos benefícios de inativos e pensionistas do setor público, de expressivo volume de receitas arrecadadas de outras fontes.

14. Ora, nesse cenário, a inclusão do Bônus nos proventos sem a respectiva contribuição previdenciária obviamente amplia a necessidade de aporte, para o sistema, de recursos adicionais do Tesouro, que, para além de sua contribuição patronal, vê-se obrigado a cobrir o que seria a parcela de esforço exigível dos próprios segurados. Aqui, não é demais enfatizar que o custo previdenciário da vantagem, havido com os seus mais de 32.000 beneficiários atuais (18.668 aposentados e 13.409 pensionistas das carreiras de Auditoria-Fiscal do Trabalho e Auditoria Tributária e Aduaneira), é da ordem de R\$ 477 milhões ao ano, custo esse integralmente assumido pelo erário ante a prescrição inserta na parte final dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017.”

8. Por fim, convém ressaltar que a questão atinente ao pagamento do bônus de eficiência e produtividade foi levada ao descortino do Supremo Tribunal Federal por diversas entidades representativas de servidores públicos. Refiro-me aos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, ocasiões em que o Ministro Alexandre de Moraes deferiu pedidos liminares:

“para suspender os efeitos do ato impugnado na TC 021.009/2017-1, unicamente, em relação aos substituídos pelo impetrante e, consequentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos a sua apreciação, se abstenha afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017”.

9. Nesse cenário, muito embora os demais argumentos trazidos pelos recorrentes não mereçam guarida, o TCU encontra-se impedido de determinar a imediata exclusão da parcela relativa ao bônus de eficiência e produtividade dos proventos das interessadas. Por conseguinte, seguindo a linha dos Acórdãos 2.134/2018, 2.214/2018 e 2.215/2018, todos do Plenário desta Corte, dentre outros, cumpre dar provimento parcial aos presentes pedidos de reexame a fim de suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 112/2018-TCU-Plenário enquanto estiverem vigentes as liminares deferidas no âmbito do STF, sem prejuízo de determinar ao órgão de origem que acompanhe os referidos Mandados de Segurança e, em caso de decisão desfavorável à entidade representativa das carreiras dos interessados, faça cumprir o disposto no subitem 9.2.2 do Acórdão vergastado, sob pena de responsabilização solidária da autoridade administrativa omissa.

Em face do exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2312/2018 – TCU – Plenário

1. Processo n.º TC 028.650/2017-4.
2. Grupo II – Classe de Assunto I – Pedido de Reexame (Aposentadoria).
3. Recorrentes: Jose Maria Lopes da Cunha (718.408.778-04); José Antonio Homem (536.885.036-00); José Fernando Pereira de Almeida (006.600.408-08).
- 3.1. Interessados: Jose Maria Lopes da Cunha (718.408.778-04); Jose Roberto Martinez (727.870.408-10); José Antonio Homem (536.885.036-00); José Fernandes Barbosa (832.617.028-34); José Fernando Pereira de Almeida (006.600.408-08); José Rubens Gomes Carneiro (966.629.648-91).
4. Órgão: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro.
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: Claudio Renato do Canto Farág (OAB/DF 14.005 e OAB/SP 389.410) e outros, representando José Fernando Pereira de Almeida, José Antonio Homem e Jose Maria Lopes da



Cunha.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedidos de reexame interpostos por Jose Maria Lopes da Cunha, José Antonio Homem e José Fernando Pereira de Almeida contra o Acórdão 112/2018-TCU-Plenário, por intermédio do qual este Tribunal considerou legais os atos de aposentadoria dos interessados e determinou a exclusão da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade dos seus proventos;

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

9.1. com fundamento nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, conhecer e dar provimento parcial aos presentes pedidos de reexame;

9.2. suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 112/2018-TCU-Plenário enquanto estiverem vigentes as liminares deferidas no âmbito dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, em trâmite no âmbito do Supremo Tribunal Federal;

9.3. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo que acompanhe os Mandados de Segurança referidos no subitem anterior e, em caso de decisão desfavorável à entidade representativa das carreiras dos interessados, faça cumprir o disposto no subitem 9.2.2 do Acórdão 112/2018-TCU-Plenário, sob pena de responsabilização solidária da autoridade administrativa omissa;

9.4. dar ciência deste acórdão aos recorrentes e à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2312-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 028.677/2017-0

Natureza: Pedido de Reexame (Aposentadoria)

Órgão: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina

Recorrentes: Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil (Sindireceita); Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim (481.768.429-15); Marilene da Silva Alvarenga (415.930.819-87); Marisa Soares Mondadori (365.430.550-49); Mercedes Jacinta Andrade Calazans (416.999.809-00)

Interessados: Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim (481.768.429-15); Marilene da Silva Alvarenga (415.930.819-87); Marisa Soares Mondadori (365.430.550-49); Mercedes Jacinta Andrade Calazans (416.999.809-00); Nanci Rateke Ramos (399.329.239-15)

Representação legal: Claudio Renato do Canto Farág (OAB/DF 14.005 e OAB/SP 389.410) e outros, representando Mercedes Jacinta Andrade Calazans, Marilene da Silva Alvarenga e Maria Luisa



do Rego Monteiro Bomfim; Alessandra Damian Cavalcanti (OAB/DF 17.717) e outros, representando o Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil

SUMÁRIO: APOSENTADORIA. PAGAMENTO DE RUBRICA RELATIVA AO BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE IMPLEMENTADO PELA LEI 13.464/2017. VANTAGEM QUE NÃO SE INSERE NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CARREAMENTO DA PARCELA AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO. IRREGULARIDADE NÃO CONSTANTE DOS ATOS. LEGALIDADE DAS CONCESSÕES COM DETERMINAÇÃO PARA EXCLUSÃO DA PARCELA INQUINADA DOS PROVENTOS. PEDIDO DE REEXAME. DECISÕES LIMINARES EXARADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO PARA EXCLUSÃO DA VANTAGEM IMPUGNADA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de pedidos de reexame interpostos pelos recorrentes em epígrafe contra o Acórdão 2.769/2017-TCU-Plenário.

2. A deliberação recorrida, relatada pelo Ministro José Múcio Monteiro, apresentou o seguinte teor:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam das concessões de aposentadorias a servidoras da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 71, incisos III e IX, da Constituição Federal, arts. 1º, inciso V, 39, inciso II, e 45 da Lei nº 8.443/1992, arts. 260 e 262, § 2º, do Regimento Interno e art. 6º, § 2º, da Resolução TCU nº 206/2007, com a redação dada pela Resolução TCU nº 237/2010, em:

9.1. considerar legais os atos de concessões de aposentadorias a Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim, Marilene da Silva Alvarenga, Marisa Soares Mondadori, Mercedes Jacinta Andrade Calazans e Nanci Rateke Ramos, ordenando o registro;

9.2. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina que adote medidas para:

9.2.1. dar ciência, no prazo de 15 (quinze) dias, do inteiro teor desta deliberação às aposentadas, alertando-as de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos perante o TCU não as exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso esses não sejam providos;

9.2.2. fazer cessar, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa, o pagamento às inativas do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei nº 13.464/2017, por incompatível com o art. 40, caput e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal, dada a expressa exclusão da vantagem, de caráter pro labore faciendo, da base de cálculo de contribuição previdenciária;

9.2.3. encaminhar ao TCU, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão, documento apto a comprovar que as interessadas tiveram conhecimento do acórdão;

9.3. determinar à Sefip que monitore o cumprimento da determinação relativa à cessação de pagamentos indevidos, representando ao Tribunal em caso de não atendimento.”

3. Admitido o processamento dos recursos, porquanto preenchidos os requisitos previstos no art. 48 da Lei 8.443/1992, conferi efeito suspensivo ao item 9.2.2 do acórdão recorrido, em relação aos recorrentes (peça 31).

4. Instruído o presente feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pela Secretaria de Recursos deste Tribunal (peça 44):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de Pedidos de Reexame interpostos por Marisa Soares Mondadori (R001 - peça 16), Mercedes Jacinta Andrade Calazans (R002 - peça 18), Marilene da Silva Alvarenga (R003 - peça 20), Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim (R004 - peça 22) e pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita



Federal do Brasil (R005 - peça 29), por intermédio dos quais se insurgem contra o Acórdão 2.769/2017 – TCU – Plenário (peça 11), que considerou legais seus atos de aposentadoria e determinou a exclusão de seus proventos da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

‘9.1. considerar legais os atos de concessões de aposentadorias a Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim, Marilene da Silva Alvarenga, Marisa Soares Mondadori, Mercedes Jacinta Andrade Calazans e Nanci Rateke Ramos, ordenando o registro;

9.2. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina que adote medidas para:

9.2.1. dar ciência, no prazo de 15 (quinze) dias, do inteiro teor desta deliberação às aposentadas, alertando-as de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos perante o TCU não as exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso esses não sejam providos;

9.2.2. fazer cessar, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa, o pagamento às inativas do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei nº 13.464/2017, por incompatível com o art. 40, caput e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal, dada a expressa exclusão da vantagem, de caráter pro labore faciendo, da base de cálculo de contribuição previdenciária;

9.2.3. encaminhar ao TCU, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão, documento apto a comprovar que as interessadas tiveram conhecimento do acórdão;

9.3. determinar à Sefip que monitore o cumprimento da determinação relativa à cessação de pagamentos indevidos, representando ao Tribunal em caso de não atendimento.’

HISTÓRICO

2. Trata-se de processo de aposentadoria que considerou legais os atos de aposentadoria dos recorrentes e determinou a exclusão de seus proventos da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/201, porquanto essa mesma lei exclui a vantagem da base de cálculo da contribuição previdenciária dos segurados.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 23, 24, 25, 26 e 35), ratificados às peças 31 e 38, pelo Relator, Ministro Bruno Dantas, que entendeu pelo conhecimento dos recursos, uma vez que preenchidos os requisitos do art. 48 da Lei 8.443/92, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos do item 9.2.2 do Acórdão 2.769/2017-Plenário em relação aos recorrentes.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto dos presentes recursos definir se:

- a) este Tribunal deveria ter realizado a oitiva prévia dos recorrentes antes da prolação do acórdão ora recorrido, que apreciou seus atos de aposentadoria;
- b) teria havido violação ao princípio da reserva de plenário;
- c) a deliberação ora recorrida violou o princípio da legalidade;
- d) este Tribunal tem competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade;
- e) a natureza jurídica do instituto ‘bônus de eficiência e produtividade’ é eminentemente indenizatória;
- f) a decisão ora combatida é prejudicial para a União;
- g) pela Lei Previdenciária, não incidiria a contribuição previdenciária sobre o ‘bônus de eficiência e produtividade’;
- h) se decisão liminar do Pretório Excelso repercute no presente processo.

5. Da oitiva prévia dos recorrentes.

5.1. Defendem-se no recurso que o acórdão recorrido seria nulo, eis que a Sefip, em nenhum momento, notificou os recorrentes para apresentarem manifestação preliminar.

Análise

5.2. Rejeita-se, desde já, o argumento de ter havido violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em virtude de não ter sido oportunizado aos ora recorrentes o direito de se manifestarem nos autos antes da prolação do acórdão recorrido, porquanto o entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante 3 do STF expressamente excepciona a observância do contraditório e da ampla defesa previamente ao julgamento do Tribunal, nesses termos:

‘Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, **excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão**’ (grifos acrescidos).

5.3. Assim, nos termos da referida súmula, o STF, ao julgar os MS’s 25.116 e 25.403, confirmou seu entendimento no sentido de que a Corte de Contas, nos processos de registro de aposentadoria, reforma e pensão, deve oportunizar o contraditório à parte interessada somente nos casos em que haja ultrapassado o lapso quinquenal para o julgamento do TCU. Na oportunidade, restou decidido, ainda, que o prazo não deve ser contado a partir da concessão do benefício, mas apenas do momento em que o ato foi encaminhado ao Tribunal de Contas da União para registro, pois somente a partir daí a Corte de Contas teria ciência dos motivos que levaram à sua edição.

5.4. Com base nesse entendimento, por intermédio do Acórdão 587/2011-TCU-Plenário, este Tribunal definiu a sistemática para apreciação dos atos sujeitos a registro, nestes termos:

O TCU, diante de constatação que possa levar à negativa de registro de ato de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, deve assegurar aos beneficiários a oportunidade do uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sempre que transcorrido lapso temporal superior a cinco anos quando da apreciação.

5.5. A tabela abaixo esquematiza as datas relevantes de disponibilização ao TCU dos atos de aposentadoria dos recorrentes:

Interessado	Data de disponibilização do ato ao TCU	Localização da peça nos autos
Marisa Soares Mondadori	16/1/2017	Peça 4
Mercedes Jacinta Andrade Calazans	20/1/2017	Peça 5
Marilene da Silva Alvarenga	6/2/2017	Peça 3
Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim	19/01/2017	Peça 2

5.6. O julgamento de todos os atos ocorreu em 6/12/2017, em Sessão realizada pelo Plenário, dentro, portanto, do referido prazo de 5 (cinco) anos.

5.7. Nesse contexto, verifica-se que esta Corte de Contas julgou os atos concessórios dos recorrentes dentro do quinquênio legal, em consonância com a orientação da Corte Suprema, devendo, deste modo, não ser acatado o argumento de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

5.8. Cabe esclarecer que esta Corte de Contas não intima pessoalmente a parte acerca da data em que será julgado processo de seu interesse. Tal fato não ofende qualquer princípio constitucional ligado à defesa, vez que a publicação da pauta de julgamentos no Diário Oficial da União é suficiente para conferir publicidade ao ato processual. Tal exegese encontra amparo em deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de Agravo Regimental em Mandado de Segurança (MS-AgR 26.732/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia), conforme excerto a seguir transcrito:

‘EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DATA DA SESSÃO. DESNECESSIDADE.

1. Não se faz necessária a notificação prévia e pessoal da data em que será realizada a sessão de julgamento de recurso de reconsideração pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal quando a pauta de julgamentos é publicada no Diário Oficial da União.

2. O pedido de sustentação oral pode ser feito, conforme autoriza o art. 168 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, até quatro horas antes da sessão. Para tanto, é necessário que os interessados no julgamento acompanhem o andamento do processo e as publicações feitas no Diário Oficial da União.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.’

5.9. Nessa ordem de ideias, é de se propor a rejeição dos argumentos dos recorrentes.

6. Da reserva de plenário

6.1. Defendem a violação da súmula vinculante nº 10 do STF, aduzindo que a declaração de inconstitucionalidade de lei, afastando-se a sua incidência, no todo ou em parte, depende do julgamento pelo plenário deste Tribunal, a teor do art. 17, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU, em observância ao disposto no art. 97 da Constituição Federal de 1988.



Análise:

6.2. Primeiramente, há de se ressaltar que a decisão ora recorrida é oriunda do Plenário do TCU (Acórdão 2.769/2017 – TCU – Plenário).

6.3. Ademais, a súmula vinculante nº 10 do STF dispõe que:

‘Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.’

6.4. Ocorre que o TCU é um órgão que exerce atividade de caráter eminentemente administrativo, circunstância essa que descaracteriza, por completo, a alegação de desrespeito ao enunciado constante da Súmula Vinculante nº 10/STF. Nesse sentido, deve-se considerar a seguinte fundamentação de decisão monocrática do Ministro Celso de Mello do STF (Rcl 15.287 MC/PR):

‘É que a alegação de desrespeito à exigência constitucional da reserva de plenário (CF, art. 97) supõe, para restar configurada, a existência de decisão emanada de autoridades ou órgãos judiciais proferida em sede jurisdicional.

Assinalo, no entanto, que o Conselho da Magistratura do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no âmbito de suas atribuições, **exerce atividade de caráter eminentemente administrativo, circunstância essa que descaracteriza, por completo, a alegação de desrespeito ao enunciado constante da Súmula Vinculante nº 10/STF.**’

6.5. Demais disso, merece destaque o seguinte excerto de voto do relator do Acórdão 10.514/2017–TCU–1ª Câmara (TC 028.571/2017-7):

‘21. Por fim, cumpre anotar que, em sessão de 8/11/2017, o Plenário desta Corte, por meio do Acórdão 2.463/2017, ao ter presente a mesma questão aqui tratada, determinou a supressão do pagamento a cinco inativos do Ministério do Trabalho do Bônus de Eficiência e Produtividade previsto na Lei 13.464/2017, *‘por incompatível com o art. 40, caput e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal’*.

22. Com isso, tendo em vista o disposto no art. 15 do Novo Código de Processo Civil, bem como o teor do enunciado nº 103 da Súmula desta Corte, que estabelece que *‘na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil’*, observo que foi satisfeita a chamada *‘cláusula de reserva de plenário’* – estabelecida no art. 97 da CF/1988, consoante se extrai do parágrafo único do art. 949 do NCPC, **verbis**:

‘Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’ (grifou-se).

6.6. Em virtude dessas considerações, o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

7. Do princípio da legalidade.

7.1. Defendem-se que teria havido violação ao princípio da legalidade, vez que não teria sido observado o disposto no art. 14 da Lei 13.464/2017.

Análise

7.2. É de mister observar que, no que tange ao art. 14 da Lei 13.464/2017, este Tribunal, no exercício do controle incidental de constitucionalidade, entendeu que o aludido dispositivo é inconstitucional, rejeitando sua aplicação.

7.3. Destarte, opina-se no sentido de que o argumento apresentado não merece ser acolhido.

8. Da competência do TCU para o controle incidental de constitucionalidade.

8.1. Defendem que este Tribunal não tem competência para exercer o controle incidental de constitucionalidade, com base nos seguintes argumentos:

a) não cabe a órgãos destituídos de atribuições judiciais, como o TCU, exercer controle difuso, sob pena de grave insegurança jurídica, de modo que outros órgãos também destituídos dessa função também poderiam fazê-lo. O controle difuso exercido pelo próprio Poder Judiciário é sempre um desafio à segurança jurídica, por isso o novo Código de Processo Civil trouxe uma especial preocupação com a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência;



b) a Constituição Federal de 1988 não outorga ao TCU a competência para exercer o controle de constitucionalidade sobre leis e atos normativos do Poder Público.

Análise

8.2. A competência do TCU para a realização do controle incidental de constitucionalidade foi minuciosamente esclarecida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler (TC 028.683/2017-0, Acórdão 10.518/2017–TCU–1ª Câmara):

‘5. Em preliminar, acerca da possibilidade de esta Corte proceder ao exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, hipótese, aliás, expressamente prevista no § 2º do art. 17 de seu Regimento Interno, permito-me transcrever excerto do voto por mim proferido no âmbito do TC-021.009/2017-1, o qual veio a fundamentar o Acórdão 2.000/2017-Plenário:

‘20. O controle de constitucionalidade, que tem como único objetivo a preservação da supremacia da Constituição, é o único meio pelo qual os poderes constituídos poderão fazer o exame da adequação das leis e dos atos normativos à Constituição, do ponto de vista material ou formal, em estrita observância ao princípio da compatibilidade vertical, segundo o qual a validade e, portanto, a aplicação da norma inferior depende de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

31. Parece, claro, assim, que, onde há jurisdição, há o poder-dever de se declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos incompatíveis com a Constituição. Afinal de contas, para que o TCU possa cumprir a sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade, não há como se admitir que atos contrários aos princípios constitucionais sejam tolerados, mesmo quando travestidos de lei. Daí a atualidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula nº 347, segundo a qual:

‘O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.’

32. Evidentemente que essa competência do TCU refere-se à apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público em caráter incidental e a cada caso concreto que lhe é submetido, com efeitos apenas entre as partes, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, com efeito **erga omnes**, somente compete ao STF.

33. Na verdade, parece cristalino que a Súmula 347 nada mais fez do que explicitar as atribuições outorgadas ao TCU pela Carta Magna, hoje constantes de rol bem mais extenso do que o da Constituição de 1946. Com efeito, no exercício de suas atribuições constitucionais, o TCU procede à análise de conformidade dos atos praticados pelos gestores públicos e demais responsáveis por bens e valores da União com o ordenamento jurídico vigente, em cujo vértice encontra-se a Constituição Federal. Em muitos casos, portanto, essa análise depende da interpretação de normas que regem tais atos e de seu confronto com a Constituição Federal. Daí a razão de ser da multicitada Súmula 347 do STF.

34. Tem-se, assim, que a suposta revogação do enunciado nº 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (...) representaria uma **capitis diminutio** das competências constitucionais atribuídas a esta Corte de Contas pelo constituinte originário, uma vez que, para o exercício do poder de controle inerente às atividades de fiscalização e auditoria, o TCU passaria a se subordinar tão somente à lei e não à Constituição Federal.

37. De resto, cumpre dizer que a ampla legitimação para o controle abstrato de constitucionalidade, conferida pela atual Carta Política, não eliminou o controle difuso de constitucionalidade, ainda que possa tê-lo reduzido, sendo certo que ainda hoje podem os juízes e tribunais declarar, em cada caso concreto, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público. Em menor extensão, segundo o STF, pode o TCU deixar de aplicar ao caso concreto sob sua análise lei que considere inconstitucional. Nesse contexto, pode-se afirmar que permanecem válidos os pressupostos que ensejaram a edição pelo STF da Súmula de nº 347 em 1963.”

8.3. Posta assim a questão, entende-se que o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

9. Da natureza jurídica do instituto ‘bônus de eficiência e produtividade’.

9.1. Defendem-se no recurso que a natureza jurídica do ‘bônus de eficiência e produtividade’ é indenizatória, aduzindo os seguintes argumentos:

a) a natureza jurídica do instituto ‘bônus de eficiência e produtividade’, ainda que seja contraprestação de um serviço realizado, é eminentemente indenizatória, na medida em que representa uma compensação em favor



do agente público que conseguiu aumentar a arrecadação, ou seja, é indiscutivelmente em prol do interesse da Administração;

b) com isso, o pagamento é feito sem incidência de contribuição previdenciária, por ser uma parcela indenizatória, devendo ser paga de forma proporcional e com o critério legal de maior ou menor atuação na formação do valor que será dividido para o pagamento do bônus. É claro que novas formas de remuneração de servidores públicos podem gerar debates e formação de posicionamentos jurídicos e, no caso do bônus, não é diferente.

Análise

9.2. Para o deslinde da presente questão, é de mister transcrever os artigos 49, 51 e 61 da Lei 8.112/1990:

‘Art. 49. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I - indenizações;

II - gratificações;

III - adicionais.

§ 1º As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§ 2º As gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.’

‘Art. 51. Constituem indenizações ao servidor:

I - ajuda de custo;

II - diárias;

III - transporte.

IV - auxílio-moradia.’

‘Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais:

I - retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento

II - gratificação natalina;

III - adicional por tempo de serviço; ([Revogado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001](#))

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI - adicional noturno;

VII - adicional de férias;

VIII - **outros**, relativos ao local ou à natureza do trabalho.

IX - gratificação por encargo de curso ou concurso.’

9.3. A leitura atenta das disposições **supra** revela que, quando o legislador deseja elencar um rol de vantagens como meramente exemplificativo, utiliza a expressão ‘outros’ (cf, *e.g.*, inciso VIII do art. 61 supracitado).

9.4. Assim, é de se concluir que compõem o rol das indenizações apenas a ajuda de custo, as diárias, o transporte e o auxílio-moradia. É dizer: o ‘bônus de eficiência e produtividade’ não pode ser enquadrado como espécie do gênero indenização, vez que o art. 51 da Lei 8.112/1990 é taxativo e não admite a inclusão de outras vantagens.

9.5. Posto isso, cumpre perquirir a natureza jurídica do ‘bônus de eficiência e produtividade’. Para tanto, transcreve-se o disposto na Lei 13.464/2017:

‘Art. 7º Os servidores terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira por servidor, na proporção de:

I - 1 (um inteiro), para os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil;

II - 0,6 (seis décimos), para os Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil.

§ 1o Os servidores ativos em efetivo exercício receberão o Bônus proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela ‘a’ do Anexo III desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo.

§ 2o Os aposentados receberão o Bônus correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela ‘a’ do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo.’

9.6. Acrescente-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

‘O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina



burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação relaciona-se com o serviço ou com o servidor. O adicional, em princípio, adere ao vencimento e, por isso, tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente.

(...)

As indenizações são previstas em lei e destinam-se a indenizar o servidor por gastos em razão da função. Seus valores podem ser fixados em lei ou decreto, se aquela permitir. Tendo natureza jurídica indenizatória, não se incorporam à remuneração, não repercutem no cálculo dos benefícios previdenciários e não estão sujeitas ao imposto de renda' (grifos acrescidos) (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 33ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 491 e 499)

9.7. Em virtude dessas considerações, vale dizer que o 'bônus de eficiência e produtividade' é, tecnicamente, um adicional, vez que se incorpora à remuneração e aos proventos, e não uma indenização. Daí porque o argumento apresentado pelos recorrentes não merece ser acolhido.

10. Da prejudicialidade para a União

10.1. Defendem que a incidência da contribuição previdenciária seria prejudicial à União, aduzindo que a incidência de CPSS também implica em percentual a ser recolhido pela União Federal, medida que implicaria, consequentemente, na ampliação dos gastos públicos, o que certamente foi objeto de avaliação pelo Poder Executivo ao criar o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil.

Análise:

10.2. O argumento apresentado não é inédito, tendo o Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler assim ponderado (TC 028.683/2017-0, Acórdão 10.518/2017-TCU-1ª Câmara):

'10. A propósito, não posso deixar de abordar, ainda que de passagem, os principais argumentos oferecidos pela Advocacia-Geral da União (AGU) ao defender, nos autos do TC-021.009/2017-1, os pagamentos ora impugnados:

(...)

c) '*a tese de incidência de contribuição previdenciária sobre o Bônus de Eficiência tem por consequência direta uma oneração maior dos cofres da União, uma vez que a contribuição patronal, ou da União, seria o dobro daquela exigida dos servidores beneficiários*', o que acabaria '*por gerar um dano direto para a União*';

(...)

12. Quanto ao suposto dano que a eventual instituição de contribuição previdenciária sobre o Bônus causaria, em face da contribuição patronal (alínea 'c', acima), o argumento, com a devida vênia, é desarrazoado, mormente à luz da realidade das contas públicas nacionais. Fosse como quer a AGU, diga-se de passagem, melhor seria não cobrar contribuição nenhuma, de nenhum servidor público.

13. De fato, consideradas apenas suas fontes próprias de financiamento – a saber, as contribuições dos servidores e a chamada contribuição patronal –, o RPPS é altamente deficitário. A situação obriga o direcionamento, para custeio dos benefícios de inativos e pensionistas do setor público, de expressivo volume de receitas arrecadadas de outras fontes.

14. Ora, nesse cenário, a inclusão do Bônus nos proventos sem a respectiva contribuição previdenciária obviamente amplia a necessidade de aporte, para o sistema, de recursos adicionais do Tesouro, que, para além de sua contribuição patronal, vê-se obrigado a cobrir o que seria a parcela de esforço exigível dos próprios segurados. Aqui, não é demais enfatizar que o custo previdenciário da vantagem, havido com os seus mais de 32.000 beneficiários atuais (18.668 aposentados e 13.409 pensionistas das carreiras de Auditoria-Fiscal do Trabalho e Auditoria Tributária e Aduaneira), é da ordem de R\$ 477 milhões ao ano, custo esse integralmente assumido pelo erário ante a prescrição inserta na parte final dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017.'

10.3. Destarte, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados pelos recorrentes.

11. Da Lei Previdenciária

11.1. Defendem que, pela Lei Previdenciária, não incidiria a contribuição previdenciária sobre o 'bônus de eficiência e produtividade'.

Análise:

11.2. Conforme demonstrado anteriormente nesta instrução, o 'bônus de eficiência e produtividade' é, tecnicamente, um adicional, vez que se incorpora à remuneração e aos proventos, e não uma indenização.

11.3. A Lei 10.887/2004 traz o seguinte normativo em seu art. 4º, § 1º:

'(...)



§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, **os adicionais de caráter individual** ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

(...)

XXIII - a parcela relativa ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, recebida pelos servidores da carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil; [\(Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017\)](#)

(...)' (grifos acrescidos).

11.4. É, portanto, de clareza solar que o 'bônus de eficiência e produtividade', por ter natureza jurídica de adicional, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, *ex vi* do disposto no § 1º supracitado. Observa-se que o inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei 10.887/2004 foi acrescentado pela Lei 13.464/2017, como consequência da elaboração do art. 14 dessa última lei. Ora, se o aludido art. 14 é inconstitucional, também o é o referido inciso XXIII.

11.5. Em virtude dessas considerações, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados.

12. Da liminar prolatada no Pretório Excelso

12.1. Argumenta-se que liminar exarada no MS 35.410/DF repercute no mérito do presente processo, afirmando que é preciso destacar que a decisão liminar traz de forma expressa a determinação para que o Tribunal de Contas da União abstenha-se de afastar a incidência dos dispositivos legais que asseguram o pagamento do bônus de eficiência e produtividade para os aposentados e pensionistas.

Análise:

12.2. Não se pode relegar ao oblívio que, nos autos do TC 021.009/2017-1, foi prolatado o Acórdão 2000/2017-TCU-Plenário, nos seguintes termos:

'VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de recurso de agravo interposto pela União contra decisão que deferiu pedido de medida cautelar determinando aos Ministérios da Fazenda e do Trabalho que se abstenham de pagar a inativos e pensionistas o Bônus de Eficiência e Produtividade de que trata a Lei 13.464/2017, até a apreciação final desta representação,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 289 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do agravo interposto pela União, para, no mérito, dar-lhe provimento, para se negar conhecimento à presente representação e determinar o seu arquivamento, com a consequente revogação da medida cautelar anteriormente deferida, sem prejuízo de autorizar a Sefip a realizar a fiscalização do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituída pela Lei nº 13.464/2017 nos casos concretos que lhe forem submetidos ou de que tenham conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando for o caso;

9.2. alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF;

9.3. encaminhar cópia do inteiro teor do presente processo, assim como desta deliberação, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Procurador-Geral da República, ambos legitimados universais para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, para que tenham ciência do entendimento deste Tribunal e possam adotar as providências que entenderem cabíveis;

9.4. recomendar à Casa Civil da Presidência da República a revisão dos artigos 14 e 24 da Lei nº 13.464/2017, que instituiu o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, no sentido de se autorizar a sua inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária, tornando-a compatível com o regime previdenciário estabelecido na Constituição Federal;

9.5. dar ciência desta deliberação à agravante e aos órgãos jurisdicionados.'

12.3. Foram opostos embargos de declaração contra a deliberação supracitada, os quais foram apreciados por meio do Acórdão 2.721/2017-TCU-Plenário, nos seguintes termos:

'VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia, nesta fase processual, embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto a esta Corte de Contas ao Acórdão nº 2.000/2017-Plenário,

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



9.1. com fundamento no art. 34 da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 287 do RITCU, conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público junto a esta Corte de Contas, para, no mérito, rejeitá-los;

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente, aos interessados e ao órgão jurisdicionado;

9.3. determinar à Segecex que formalize processo apartado com vistas ao planejamento e à execução de fiscalização destinada a examinar a natureza jurídica do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituído pela Lei 13.464/2017, bem como a verificar a correspondente repercussão nos pagamentos a servidores ativos e a inclusão dessa parcela em aposentadorias e pensões, ficando a critério da unidade formular o modelo adequado de fiscalização a ser executado, diante do expressivo volume de beneficiários do referido bônus.'

12.4. Ocorre que o Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes, do Pretório Excelso, nos autos dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, impetrados, respectivamente, pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal, pelo Sindicato Nacional dos Auditores do Trabalho, pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco) e Associação Nacional dos Auditores fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip) –, deferiu os pedidos liminares **'para suspender os efeitos do ato impugnado no TC 021.009/2017-1, unicamente em relação aos substituídos pelo impetrante e, conseqüentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos a sua apreciação, se abstenha afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017'.**

12.5. Observa-se que, ainda que dois dos citados Mandados de Segurança tenham sido impetrados por associações dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, o que em tese limitaria o alcance subjetivo das decisões aos seus filiados, o sindicato respectivo também obteve decisão liminar favorável, de modo que os comandos judiciais em questão alcançam todos os integrantes das três carreiras citadas.

12.6. Dessa forma, fica obstado que esta Corte de Contas, nos casos a serem apreciados, venha a afastar a incidência dos dispositivos da Lei 13.464/2017 que tratam do bônus por eficiência e produtividade para as carreiras dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil e dos Auditores Fiscais do Trabalho, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes do STF. Nesse sentido, merece destaque o Acórdão 631/2018–TCU–Plenário, Sessão de 21/3/2018, Ata 9/2018, TC 028.586/2017-4.

12.7. Destarte, cabe determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina que acompanhe o deslinde dos MS 35.410 e 35.494 na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos ora recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o Acórdão 2.769/2017–TCU–Plenário.

12.8. Demais disso, cabe determinar o encaminhamento ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU, nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, as informações necessárias ao acompanhamento do MS 35.410 e 35.494 no STF, para que aquele órgão adote as providências cabíveis, dando ciência à Consultoria Jurídica desta Corte.

CONSIDERAÇÃO ADICIONAL

13. Cabe ressaltar que consta, no processo, uma interessada, Nanci Rateke Ramos (CPF 399.329.239 15), que não recorreu e que também foi afetada pela determinação do acórdão recorrido de cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017. Como a mencionada decisão do SFT também a afeta, cabe a aplicação do art. 281 do Regimento Interno do TCU, devendo a suspensão do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.769/2017–Plenário alcançar todos os interessados.

CONCLUSÃO

14. Da análise anterior, conclui-se que:

- a) este Tribunal não deveria ter realizado a oitiva prévia dos recorrentes antes da prolação do acórdão ora recorrido, que apreciou seus atos de aposentadoria;
- b) não houve violação ao princípio da reserva de plenário;
- c) a deliberação ora recorrida não violou o princípio da legalidade;
- d) este Tribunal tem competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade;
- e) a natureza jurídica do instituto 'bônus de eficiência e produtividade' é de adicional;
- f) a decisão ora combatida está de acordo com a ordem constitucional;
- g) pela Lei Previdenciária, incide a contribuição previdenciária sobre o 'bônus de eficiência e produtividade'.



h) fica suspenso o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.769/2017–TCU–Plenário, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes do STF, nos autos dos MS 35.410 e 35.494.

14.1. Com base nessas conclusões, propõe-se o provimento parcial dos recursos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

15. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992:

- a) conheça dos presentes recursos, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;
- b) suspenda o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.769/2017–TCU–Plenário, enquanto estiver vigente a liminar deferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes do STF, nos autos dos MS 35.410 e 35.494 (cf., *e.g.*, Acórdão 631/2018–TCU–Plenário, Sessão de 21/3/2018, Ata 9/2018, TC 028.586/2017-4);
- c) determine à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina que acompanhe o deslinde dos MS 35.410 e 35.494 na Corte Suprema e, caso ocorra desfecho desfavorável aos ora recorrentes, faça cumprir, na íntegra, o Acórdão 2.769/2017–TCU–Plenário, sob pena de responsabilidade solidária do gestor;
- d) determine o encaminhamento ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU, nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, as informações necessárias ao acompanhamento dos MS 35.410 e 35.494 no STF, para que aquele órgão adote as providências cabíveis, dando ciência à Consultoria Jurídica desta Corte;
- e) dê ciência do acórdão que for prolatado aos recorrentes e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.”

5. O sobredito encaminhamento contou com a anuência do corpo diretivo da Serur (peças 45 e 46), sem prejuízo da seguinte proposta alternativa por parte do Secretário (peça 46):

“Alternativamente, propomos, com fulcro no princípio da isonomia e da racionalidade processual, que, independentemente da fase processual, adote-se solução idêntica à do Acórdão 2.789/2018-1ª Câmara, qual seja: a) considerar legais os atos de aposentadoria, ordenando seu registro; b) determinar, com fulcro nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal e 6º, § 2º, da Resolução TCU 206/2007, que: na hipótese de desconstituição da decisão judicial obtida pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait) nos autos do Mandado de Segurança 35.498, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF), faça cessar o pagamento aos inativos do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017, por incompatível com o art. 40, caput e §§ 1º, 3º, 4º e 18, da Constituição Federal, dada a expressa exclusão da vantagem, de caráter pro labore faciendo, da base de cálculo de contribuição previdenciária. Consequentemente, dar parcial provimento aos recursos.”

6. O Ministério Público de Contas, representado nestes autos pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, manifestou-se de acordo com a proposta formulada pela secretaria especializada (peça 47):

É o relatório.

VOTO

Em julgamento, pedidos de reexame interpostos por Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim, Marilene da Silva Alvarenga, Marisa Soares Mondadori, Mercedes Jacinta Andrade Calazans e pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil contra o Acórdão 2.769/2017-TCU-Plenário, por intermédio do qual este Tribunal considerou legais os atos de aposentadoria das interessadas e determinou a exclusão da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade dos seus proventos.

2. Preliminarmente, ratifico o despacho exarado no sentido de que os presentes recursos merecem ser conhecidos, porquanto preenchem os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992.



3. No mérito, a secretaria especializada propõe o conhecimento e o provimento parcial aos pedidos, a fim de suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 da deliberação recorrida enquanto vigentes as liminares deferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Alexandre de Moraes, desfecho que contou com o apoio do *Parquet* de Contas e com o qual concordo, razão pela qual acolho aqui, como razões de decidir, os fundamentos sustentados nos pareceres precedentes, sem prejuízo das seguintes considerações.

4. Em relação ao argumento de que teria havido violação ao exercício da ampla defesa e do contraditório pelas interessadas antes da apreciação dos atos de aposentadoria, cumpre enfatizar que a súmula vinculante 3 do STF excepciona a observância dessas faculdades quando se trata da apreciação da legalidade de ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. Além disso, em consonância com o entendimento construído pelo STF sobre essa questão, o TCU, diante da perspectiva de apreciação pela ilegalidade de atos que foram disponibilizados há mais de cinco anos, oferece a oportunidade prévia de uso das garantias da ampla defesa e do contraditório, nos termos preconizados no Acórdão 587/2011-TCU-Plenário. No caso dos atos ora reexaminados, todos foram disponibilizados no ano de 2017 e apreciados no ano de 2018, ou seja, dentro do referido prazo de cinco anos, o que dispensa o oferecimento prévio do exercício da ampla defesa e do contraditório.

5. Em relação à aptidão do TCU para exercer o controle difuso de constitucionalidade, importa salientar que o Supremo Tribunal Federal, nos termos de sua Súmula 347, assentou que “o *Tribunal de Contas da União*, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade de leis e de atos do poder público”, entendimento que esta Casa tem univocamente adotado quando o caso concreto o requer (e.g. Acórdãos 244/2010, 1.181/2010, 945/2013 e 2.000/2017, todos do Plenário). Com efeito, o Acórdão 2.000/2017-TCU-Plenário, ao cuidar do pagamento do bônus de eficiência, salientou a possibilidade de que fossem afastados dispositivos da Lei 13.464/2017, que instituiu o referido bônus, nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, com fundamento na intelecção insculpida na Súmula 347 do STF.

6. Sobre a natureza do bônus de eficiência, o TCU tem recorrentemente entendido que a referida vantagem não pode integrar os proventos de inatividade ou de pensão civil, por tratar-se de parcela remuneratória de natureza *pro labore faciendo*, expressamente excluída da base de cálculo da contribuição previdenciária. Aliás, por sua clareza e precisão, colaciono trecho do voto condutor do Acórdão 1.505/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que assim enfrentou o tema:

“10. O Bônus de Eficiência e Produtividade, a toda evidência, constitui vantagem remuneratória de caráter **pro labore faciendo**. Na realidade, sua natureza é a mesma das gratificações de desempenho previstas na estrutura de retribuição de diversas carreiras do funcionalismo, pagas em virtude do efetivo exercício de determinada atividade e segundo os resultados apresentados pelo servidor.

11. Aliás, fosse verba de caráter indenizatório, como querem os recorrentes, nem sequer se cogitaria seu pagamento na inatividade (v. art. 49, § 1º, da Lei 8.112/1990), porquanto as indenizações, conceitualmente, constituem mero ressarcimento por gastos realizados no exercício de função pública.

12. As gratificações de desempenho, por outro lado, podem, a exemplo do ‘bônus’, ser levadas para a inatividade (v. art. 49, § 2º, da Lei 8.112/1990), desde que haja, na legislação de regência, expressa previsão nesse sentido (e.g. RE 691529-AgR, do Supremo Tribunal Federal, e REsp 1.360.788, do Superior Tribunal de Justiça).

13. Assim, concretamente, o que distingue o Bônus de Eficiência previsto na Lei 13.464/2017 e as gratificações de desempenho previstas em inúmeras outras leis é que aquele não sofre, em nenhuma medida, a incidência de contribuição previdenciária, circunstância que lhe retira, por força da Constituição, a possibilidade de ser carregado para a inatividade.”

7. Em relação ao argumento de que a incidência de contribuição previdenciária sobre o bônus seria prejudicial à União, pois implicaria percentual a ser recolhido pelo ente estatal e ampliaria os gastos públicos, o TCU já enfrentou essa alegação em outras oportunidades, a exemplo do Acórdão 10.518/2017-TCU-1ª Câmara. Permito-me repisar as oportunas ponderações feitas pelo Ministro Benjamin Zymler naquela oportunidade:



“12. Quanto ao suposto dano que a eventual instituição de contribuição previdenciária sobre o Bônus causaria, em face da contribuição patronal (alínea ‘c’, acima), o argumento, com a devida vênia, é desarrazoado, mormente à luz da realidade das contas públicas nacionais. Fosse como quer a AGU, diga-se de passagem, melhor seria não cobrar contribuição nenhuma, de nenhum servidor público.

13. De fato, consideradas apenas suas fontes próprias de financiamento – a saber, as contribuições dos servidores e a chamada contribuição patronal –, o RPPS é altamente deficitário. A situação obriga o direcionamento, para custeio dos benefícios de inativos e pensionistas do setor público, de expressivo volume de receitas arrecadadas de outras fontes.

14. Ora, nesse cenário, a inclusão do Bônus nos proventos sem a respectiva contribuição previdenciária obviamente amplia a necessidade de aporte, para o sistema, de recursos adicionais do Tesouro, que, para além de sua contribuição patronal, vê-se obrigado a cobrir o que seria a parcela de esforço exigível dos próprios segurados. Aqui, não é demais enfatizar que o custo previdenciário da vantagem, havido com os seus mais de 32.000 beneficiários atuais (18.668 aposentados e 13.409 pensionistas das carreiras de Auditoria-Fiscal do Trabalho e Auditoria Tributária e Aduaneira), é da ordem de R\$ 477 milhões ao ano, custo esse integralmente assumido pelo erário ante a prescrição inserta na parte final dos arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017.”

8. Por fim, convém ressaltar que a questão atinente ao pagamento do bônus de eficiência e produtividade foi levada ao descortino do Supremo Tribunal Federal por diversas entidades representativas de servidores públicos. Refiro-me aos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, ocasiões em que o Ministro Alexandre de Moraes deferiu pedidos liminares:

“para suspender os efeitos do ato impugnado na TC 021.009/2017-1, unicamente, em relação aos substituídos pelo impetrante e, consequentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos a sua apreciação, se abstenha afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017”.

9. Nesse cenário, muito embora os demais argumentos trazidos pelos recorrentes não mereçam guarida, o TCU encontra-se impedido de determinar a imediata exclusão da parcela relativa ao bônus de eficiência e produtividade dos proventos das interessadas. Por conseguinte, seguindo a linha dos Acórdãos 2.134/2018, 2.214/2018 e 2.215/2018, todos do Plenário desta Corte, dentre outros, cumpre dar provimento parcial aos presentes pedidos de reexame a fim de suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.769/2017-TCU-Plenário enquanto estiverem vigentes as liminares deferidas no âmbito do STF, sem prejuízo de determinar ao órgão de origem que acompanhe os referidos Mandados de Segurança e, em caso de decisão desfavorável à entidade representativa das carreiras das interessadas, faça cumprir o disposto no subitem 9.2.2 do Acórdão 2.769/2017-TCU-Plenário, sob pena de responsabilização solidária da autoridade administrativa omissa.

Em face do exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2313/2018 – TCU – Plenário

1. Processo n.º TC 028.677/2017-0.

2. Grupo I – Classe de Assunto I – Pedido de Reexame (Aposentadoria).

3. Recorrentes: Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil (Sindireceita); Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim (481.768.429-15); Marilene da Silva Alvarenga (415.930.819-87); Marisa Soares Mondadori (365.430.550-49); Mercedes Jacinta Andrade Calazans (416.999.809-00).

3.1. Interessados: Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim (481.768.429-15); Marilene da Silva Alvarenga (415.930.819-87); Marisa Soares Mondadori (365.430.550-49); Mercedes Jacinta Andrade Calazans (416.999.809-00); Nanci Rateke Ramos (399.329.239-15).

4. Órgão: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina.

5. Relator: Ministro Bruno Dantas.



- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: Claudio Renato do Canto Farág (OAB/DF 14.005 e OAB/SP 389.410) e outros, representando Mercedes Jacinta Andrade Calazans, Marilene da Silva Alvarenga e Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim; Alessandra Damian Cavalcanti (OAB/DF 17.717) e outros, representando o Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedidos de reexame interpostos por Maria Luisa do Rego Monteiro Bomfim, Marilene da Silva Alvarenga, Marisa Soares Mondadori, Mercedes Jacinta Andrade Calazans e pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil contra o Acórdão 2.769/2017-TCU-Plenário, por intermédio do qual este Tribunal considerou legais os atos de aposentadoria das interessadas e determinou a exclusão da vantagem relativa ao Bônus de Eficiência e Produtividade dos seus proventos;

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

9.1. com fundamento nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992, conhecer e dar provimento parcial aos presentes pedidos de reexame;

9.2. suspender o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.769/2017-TCU-Plenário enquanto estiverem vigentes as liminares deferidas no âmbito dos Mandados de Segurança 35.410, 35.494, 35.498, 35.490 e 35.500, em trâmite no âmbito do Supremo Tribunal Federal;

9.3. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina que acompanhe os Mandados de Segurança referidos no subitem anterior e, em caso de decisão desfavorável à entidade representativa das carreiras das interessadas, faça cumprir o disposto no subitem 9.2.2 do Acórdão 2.769/2017-TCU-Plenário, sob pena de responsabilização solidária da autoridade administrativa omissa;

9.4. dar ciência deste acórdão aos recorrentes e à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de Santa Catarina.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2313-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC-024.143/2018-9

Natureza: Solicitação.

Órgão: Comando da Aeronáutica.

Interessado: Centro de Controle Interno da Aeronáutica.



SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DE PRORROGAÇÃO DE PRAZO PARA ENTREGA DE PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL AO TRIBUNAL. ACOLHIMENTO DAS JUSTIFICATIVAS. DEFERIMENTO.

Concede-se prorrogação de prazo para o encaminhamento de processo de Tomada de Contas Especial, desde que o pleito esteja fundamentado em justificativas pertinentes.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Solicitação do Chefe do Centro de Controle Interno da Aeronáutica, relativamente à Tomada de Contas Especial instaurada pela Portaria Sefa 131/Ajur, de 26/12/2017, quanto à possibilidade de prorrogação do prazo para a conclusão do procedimento em tela por mais 60 (sessenta) dias, além dos acréscimos já deferidos por este Tribunal, anteriormente (peça 9).

2. A Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e Segurança Pública – SecexDefesa, ao se manifestar a respeito do pedido (peça 10), alerta para o fato de que se trata de nova petição veiculada pelo Ofício 135/AACE1/6087, de 23/08/2018, protocolado neste Tribunal em 12/09/2018, sendo que Solicitação anterior, formulada nos mesmos termos, foi atendida por intermédio do Acórdão 1.977/2018 – Plenário.

3. O requerente fundamenta o novo pedido de dilação do prazo em face da imprescindibilidade de novas diligências perante o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, e pela complexidade das análises afetas ao objeto da aludida TCE.

4. A unidade instrutiva – por considerar que a Solicitação em destaque encontra amparo na IN/TCU 71/2012, alterada pela 76/2016 (art. 11, § 3º), e que o requerente é o dirigente máximo do órgão de controle interno –, propõe o deferimento do pleito, com vistas a prorrogar o prazo por mais sessenta dias, para conclusão e encaminhamento a este Tribunal da Tomada de Contas Especial instaurada pela Portaria Sefa 131/Ajur, de 26/12/2017 (peça 10).

5. Os dirigentes da unidade técnica manifestam-se de acordo (peças 11 e 12).

É o Relatório.

VOTO

Trata-se da Solicitação formulada pelo Chefe do Centro de Controle Interno da Aeronáutica, com a finalidade de prorrogar o prazo, por mais 60 (sessenta) dias, além dos acréscimos já indicados por intermédio de expediente anteriormente encaminhado a este Tribunal (Ofício 115/CR2.1/4750, de 12/07/2018), para remessa de Tomada de Contas Especial instaurada pela Secretaria de Economia e Finanças – Sefa, por meio da Portaria Sefa 131 Ajur/2017 (peça 9).

2. Esta nova petição está fundamentada no § 3º do art. 11 da IN/TCU 71/2012 (alterada IN 76/2016), sob a alegação da imprescindibilidade de novas diligências perante o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, além da complexidade das análises decorrentes.

3. A SecexDefesa, em pareceres uniformes (peças 10 e 11), considera satisfeitos os requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie e sugere o atendimento do pleito.

4. Apesar de este Colegiado já haver apreciado Solicitação para o fim indicado pelo mesmo solicitante, nos termos do Acórdão 1.977/2018 – Plenário, observa-se, do cotejo entre as datas dos expedientes das peças 8 e 9, que o recente requerimento foi elaborado antes mesmo da ciência da deliberação mediante a qual se deferiu a prorrogação inicial.

5. Tal observação respalda o entendimento de que o prazo deferido pelo Acórdão 1.977/2018 – Plenário já se mostrava insuficiente para a conclusão dos trabalhos atinentes à Tomada de Contas Especial mencionada.

6. Assim sendo – considerando as dificuldades demonstradas pelo requerente, os pareceres da SecexDefesa e os termos da IN/TCU 71/2012, com as alterações posteriores, assim como



encaminhamento assemelhado adotado por este Colegiado, nos termos do Acórdão 1.132/2018 – não vislumbro óbices a que se defira esta nova Solicitação, por mais 60 dias, contados a partir da ciência da deliberação que sobrevier, para fins de efetiva conclusão da Tomada de Contas Especial instaurada por meio da Portaria Sefa 131 Ajur/2017 e sua remessa a esta Corte de Contas, devendo o interessado empreender esforços para tal mister, no prazo deferido nesta oportunidade.

Pelo exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2314/2018 – TCU – Plenário

1. Processo 024.143/2018-9.
2. Grupo: I – Classe de Assunto: VII – Solicitação.
3. Interessado: Centro de Controle Interno da Aeronáutica.
4. Órgão: Comando da Aeronáutica.
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública – SecexDefesa.
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Solicitação formulada pelo Chefe do Centro de Controle Interno da Aeronáutica, com a finalidade de prorrogar o prazo para encaminhamento ao TCU de Tomada de Contas Especial instaurada pelo Secretaria de Economia e Finanças – Sefa, por meio da Portaria Sefa 131 Ajur, de 26/12/2017 (peça 9).

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

- 9.1. conhecer da presente Solicitação, nos termos do art. 11, § 3º, da IN/TCU 71/2012;
- 9.2. autorizar que o Centro de Controle Interno da Aeronáutica conclua e encaminhe ao Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da ciência desta deliberação, o processo de Tomada de Contas Especial deflagrado pela Portaria Sefa 131 Ajur, de 26/12/2017, devendo o interessado empreender esforços para tal mister no prazo ora deferido;
- 9.3. arquivar estes autos.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2314-38/18-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa (Relator).
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC-033.438/2018-8

Natureza: Solicitação.



Órgão: Comando do Exército.

Interessado: Centro de Controle Interno do Exército.

SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DE PRORROGAÇÃO DE PRAZO PARA ENTREGA DE PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL AO TRIBUNAL. ACOLHIMENTO DAS JUSTIFICATIVAS. DEFERIMENTO.

Concede-se, em caráter excepcional, prorrogação de prazo para o encaminhamento de processo de tomada de contas especial, desde que o pleito esteja fundamentado em justificativas pertinentes.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Solicitação do Chefe do Centro de Controle Interno do Exército, encaminhada por meio do Ofício 66/SAGEF/CCIEEx, de 5/9/2018 (peça 1), no desígnio de que esta Corte de Contas conceda dilação de prazo, por 90 (noventa) dias, para encaminhamento ao Tribunal de quatro tomadas de contas especiais instauradas no Comando do Exército, pelas Portarias 376, de 15/3/2018, no Laboratório Químico e Farmacêutico do Exército – LQFEX; 377, de 15/3/2018, na Comissão Regional de Obras da 2ª Região Militar – CRO/2; 378, de 15/3/2018, no 7º Depósito de Suprimento – 7º D Sup; e 379, de 15/3/2018, no 9º Batalhão de Engenharia de Construção – 9º BEC.

2. O requerente justifica seu pleito com base na necessidade de diligências para sanar inconsistências encontradas nos relatórios ou de maior prazo para apuração dos fatos objeto das TCE (peça 1).

3. A Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública – SecexDefesa, após examinar o teor do pedido, propõe o deferimento do pleito, porquanto satisfeitos os requisitos de autoria do requerente e de fundamentação do pedido, nos termos do art. 11, § 3º, da IN/TCU 71/2012 (peças 2-4).

É o Relatório.

VOTO

Em exame Solicitação feita pelo Centro de Controle Interno do Exército visando à prorrogação de prazo, em mais noventa dias, para encaminhamento a este Tribunal de quatro tomadas de contas especiais instauradas no Comando do Exército, em 15/3/2018, pelas Portarias 376, no Laboratório Químico e Farmacêutico do Exército – LQFEX; 377, na Comissão Regional de Obras da 2ª Região Militar – CRO/2; 378, no 7º Depósito de Suprimento – 7º D Sup; e 379, no 9º Batalhão de Engenharia de Construção – 9º BEC (peça 1).

2. Nos termos do art. 11 da Instrução Normativa/TCU 71/2012, a Tomada de Contas Especial deve ser encaminhada ao Tribunal em até cento e oitenta dias a contar do término do exercício financeiro em que foi instaurada.

3. Por sua vez, o § 3º do art. 11 da aludida norma, dispõe que, nos casos em que os trabalhos a cargo do órgão de controle interno não possam ser concluídos a tempo, o respectivo dirigente máximo poderá solicitar, mediante pedido fundamentado, a prorrogação de prazo para apresentação das peças que lhe são pertinentes.

4. Considerando que o prazo previsto no **caput** do mencionado art. 11 se encerrou em 11/9/2018, e que o pedido, devidamente fundamentado, foi feito antes dessa data e pelo dirigente máximo do Centro de Controle Interno do Exército, atendendo, pois, aos requisitos de admissibilidade constantes da referida Instrução Normativa/TCU 71/2012, acolho a proposta da unidade técnica no sentido de deferir a prorrogação pleiteada, estendendo o prazo até 10/12/2018.

Nessas condições, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.



ACÓRDÃO nº 2315/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.438/2018-8.
2. Grupo: I; Classe de Assunto: VII – Solicitação.
3. Interessado: Centro de Controle Interno do Exército.
4. Órgão: Comando do Exército.
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública – SecexDefesa.
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Solicitação formulada pelo Chefe do Centro de Controle Interno do Exército, com a finalidade de prorrogar o prazo, por 90 (noventa) dias, para encaminhamento ao TCU de quatro tomadas de contas especial instauradas pelas Portarias 376 a 379, todas de 15/3/2018.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. prorrogar, com fundamento no art. 11, § 3º, da Instrução Normativa/TCU 71/2012, o prazo até 10/12/2018 para que o Centro de Controle Interno do Exército/Comando do Exército encaminhe ao TCU os processos de tomada de contas especial deflagrados pelas Portarias 376 a 379, todas de 15/3/2018, respectivamente, no Laboratório Químico e Farmacêutico do Exército, na Comissão Regional de Obras da 2ª Região Militar, no 7º Depósito de Suprimento e no 9º Batalhão de Engenharia de Construção;

9.2. dar ciência deste Acórdão ao requerente;

9.3. arquivar estes autos.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2315-38/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa (Relator).

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

GRUPO II – CLASSE I – PLENÁRIO

TC 001.054/2018-0.

Natureza: Embargos de Declaração.

Entidades: Administração Regional do Serviço Social do Comércio no Estado do Rio de Janeiro – Sesc-ARRJ e Administração Regional do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial no Estado do Rio de Janeiro – Senac-ARRJ.

Embargantes: Marcelo José Salles de Almeida (CPF 738.146.287-72); Michel Fonseca Alexandre (CPF 094.630.367-33); Rodolfo Serpa Filho (CPF 071.622.847-52); Rogéria da Silva Savelli Guimarães (CPF 771.157.247-68).

Representação legal:



_José Roberto Borges (OAB-RJ 56.635) e outros, representando Marcelo José Salles de Almeida.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA CONCORRÊNCIA CONJUNTA SESC/ARRJ E SENAC/ARRJ Nº 2/2017. INEXISTÊNCIA DO VÍCIO APONTADO. INDEVIDA TENTATIVA DE MERA REDISCUSSÃO DO MÉRITO DO FEITO. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se, no presente momento, de embargos de declaração opostos por Marcelo José Salles de Almeida, Michel Fonseca Alexandre, Rodolfo Serpa Filho e Rogéria da Silva Savelli Guimarães em face do Acórdão 1.678/2018 proferido pelo Plenário do TCU, diante de possíveis irregularidades na Concorrência Conjunta Sesc-ARRJ e Senac-ARRJ nº 2/2017 para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de implantação de TV institucionais em prol do Sesc-ARRJ e do Senac-ARRJ, contemplando a instalação com a manutenção das telas, o suporte e o eventual desenvolvimento de conteúdo.

2. Em suma, o aludido Acórdão 1.678/2018 foi prolatado pelo Plenário do TCU nos seguintes termos:

“(...) 9.1. conhecer da presente representação, já que preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no 237, VII, do RITCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. considerar revel a Sra. Rogéria da Silva Savelli Guimarães, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992;

9.3. acolher as razões de justificativa da Sra. Christiane Fernandes de Oliveira, para excluir a sua responsabilidade no bojo do presente feito;

9.4. rejeitar as razões de justificativa dos Srs. Michel Fonseca Alexandre, Rodolfo Serpa Filho e Marcelo José Salles de Almeida;

9.5. aplicar em desfavor de Rogéria da Silva Savelli Guimarães, Michel Fonseca Alexandre, Rodolfo Serpa Filho e Marcelo José Salles de Almeida, individualmente, a multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443, de 1992, sob os valores de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), R\$ 8.000,00 (oito mil reais), R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), respectivamente, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RITCU), o recolhimento da correspondente dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.6. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, o parcelamento das dívidas fixadas por este Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

9.7. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei nº 8.443, de 1992, a cobrança judicial das dívidas fixadas por este Acórdão, caso não atendidas as notificações;

9.8. determinar, nos termos do art. 71, IX, da Constituição de 1988 e do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992, que, no prazo de 15 (quinze) dias contados da ciência da presente deliberação, o Sesc/ARRJ e o Senac/ARRJ adotem as medidas cabíveis para a efetiva anulação da Concorrência Conjunta Sesc/ARRJ nº 2/2017 (Processo 62.746/2017) e Senac/ARRJ nº 2/2017 (Processo 725.922/2017), com todos os atos subsequentes, devendo informar o TCU sobre o resultado dessa medida, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da presente deliberação, com a efetiva comprovação de que o subsequente contrato nunca foi executado e não teria resultado em nenhum pagamento em favor da Brain Digital Publicidade e Participações Ltda. ou de qualquer outra empresa no bojo do correspondente ajuste;



9.9. *determinar que a unidade técnica adote as seguintes medidas:*

9.9.1. *envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamenta, ao Sesc/ARRJ e ao Senac/ARRJ, para ciência e efetivo cumprimento ao item 9.8 deste Acórdão;*

9.9.2. *envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, para ciência e eventuais providências cabíveis; e*

9.9.3. *promova o monitoramento da determinação prolatada pelo item 9.8 deste Acórdão.”*

3. Inconformados, os Srs. Marcelo José Salles de Almeida (Peça 101), Michel Fonseca Alexandre (Peça 103) e Rodolfo Serpa Filho (Peça 105), além da Sra. Rogéria da Silva Savelli Guimarães (Peça 104), apresentaram os seus embargos de declaração e alegaram, em uníssono, a ocorrência de suposta omissão nos motivos para a fixação da referida multa legal, já que, segundo eles, não subsistiriam os fundamentos para o estabelecimento da culpa dos agentes, nem a comprovação de prejuízo aos cofres públicos, ao passo que o Sr. Marcelo José Salles de Almeida concentrou a sua alegação no sentido de os respectivos regulamentos de licitações e contratos não estabelecerem o critério para a definição da inexecutabilidade, tendo os demais embargantes afirmado, ainda, que não seria razoável o membro do Senac responder por infrações previstas na Lei de Licitações, já que a entidade não faria parte da administração pública, de tal sorte que, por esse prisma, eles solicitaram o recebimento dos embargos para, no mérito, dar-lhes provimento e, assim, suprir a suposta omissão, com efeitos modificativos.

É o Relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se, no presente momento, de embargos de declaração opostos por Marcelo José Salles de Almeida, Michel Fonseca Alexandre, Rodolfo Serpa Filho e Rogéria da Silva Savelli Guimarães em face do Acórdão 1.678/2018 proferido pelo Plenário do TCU, diante de possíveis irregularidades na Concorrência Conjunta Sesc-ARRJ e Senac-ARRJ nº 2/2017 para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de implantação de TV institucionais em prol do Sesc-ARRJ e do Senac-ARRJ, contemplando a instalação com a manutenção das telas, o suporte e o eventual desenvolvimento de conteúdo.

2. Entendo, preliminarmente, que os presentes embargos devem ser conhecidos pelo TCU, já que atendidos os requisitos legais e regimentais de admissibilidade.

3. No mérito, contudo, os presentes embargos devem ser rejeitados, em face da inexistência do suposto vício no aludido acórdão.

4. Em linhas gerais, por meio do aludido Acórdão 1.678/2018-Plenário, o Tribunal aplicou a multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443, de 1992, em desfavor de Rogéria da Silva Savelli Guimarães, Michel Fonseca Alexandre, Rodolfo Serpa Filho e Marcelo José Salles de Almeida sob os valores de R\$ 10.000,00, R\$ 8.000,00, R\$ 6.000,00 e R\$ 40.000,00, respectivamente, diante da inexistência de fundamentação para a desclassificação de licitantes, a partir da suposta inexecutabilidade dos preços.

5. Inconformados, os referidos responsáveis opuseram os presentes embargos e alegaram, em síntese, a ocorrência de suposta omissão nos motivos para a fixação da referida multa legal, já que, segundo eles, não subsistiriam os fundamentos para o estabelecimento da culpa dos agentes, nem a comprovação de prejuízo aos cofres públicos, sem prejuízo de aduzir que os respectivos regulamentos de licitações e contratos não estabeleceriam o critério para a definição da inexecutabilidade, tendo afirmado, ainda, que não seria razoável o membro do Senac responder por infrações previstas na Lei de Licitações, já que a entidade não faria parte da administração pública, de tal sorte que, por esse



ângulo, eles solicitaram o recebimento dos embargos para, no mérito, dar-lhes provimento com o intuito de corrigir a suposta omissão.

6. Ocorre, todavia, que essas alegações não se mostram procedentes, tendo a aludida multa sido devidamente motivada, pois, no voto condutor do referido acórdão, restou expressamente registrada a fundamentação para a aplicação da aludida multa legal, em face de a suscitada penalidade estar diretamente relacionada com a irregular atuação dos gestores na condução dos referidos certames.

7. Não por acaso, a fundamentação do aludido acórdão foi no sentido de registrar que as irregulares condutas dos então responsáveis se configuraram como grave ofensa à norma regulamentar orçamentário-financeira, tendo sido individualmente especificada a responsabilidade de cada agente público, diante do evidente desrespeito aos princípios da administração pública, ao tempo em que, na dosimetria da pena, restou efetivamente sopesado o nível de responsabilidade de cada gestor em relação às respectivas falhas e ao correspondente exercício da função pública, tendo a gradação da multa obedecido os limites fixados pelo art. 58, II, da Lei n.º 8.443, de 1992, e pelo art. 268, II, do RITCU.

8. Bem se vê, assim, que, em vez de efetivamente demonstrarem a ocorrência do suposto vício no aludido acórdão, os ora embargantes apenas promoveram a mera tentativa de rediscussão de mérito do feito, não servindo os embargos, todavia, como a via adequada para essa finalidade (v.g.: Acórdãos 2.062/2015, 2.635/2015 e 294/2016, do Plenário, Acórdão 7.781/2015, da 1ª Câmara, e Acórdãos 10.919/2016, 12.422/2016, 2.677/2017 e 117/2018, da 2ª Câmara), sem prejuízo de anotar, desde já, que a aplicação da multa prevista no art. 58, II, da Lei n.º 8.443, de 1992, não dependeria da suscitada ocorrência de dano ao erário.

9. Em sintonia, aliás, com o entendimento do STJ no bojo dos Edcl Resp 351490 (DJ 23/09/2002), a estreita via dos embargos declaratórios destina-se a afastar os vícios inerentes à contradição, à obscuridade ou à omissão sobre a deliberação embargada, caracterizando-se a aludida falha como: *“aquela advinda do próprio julgado e prejudicial à compreensão da causa, e não aquela que entenda o embargante, ainda mais como meio transversal a impugnar os fundamentos da decisão recorrida”*.

10. Por essa mesma linha, no Curso Didático – Direito Processual Civil (Lumen Iuris, 11ª edição, p. 516), Elpídio Donizetti já havia anotado que: *“Há obscuridade quando a redação da decisão não é suficientemente clara, dificultando sua compreensão ou interpretação; ocorre contradição se o julgado apresenta proposições inconciliáveis, tornando incerto o provimento jurisdicional; e, por fim, há omissão nos casos em que determinada questão ou ponto controvertido deveria ser apreciado pelo órgão julgador, mas não o foi”*.

11. Os embargos deveriam ter sido manejados, então, para corrigir a eventual obscuridade, omissão ou contradição nas deliberações do TCU, mas não para intentar o novo julgamento das questões já debatidas nos autos, pois devem servir apenas para esclarecer, interpretar ou completar o pronunciamento anteriormente emitido pelo Tribunal, em benefício da sua melhor compreensão ou inteireza (v. g.: Acórdão 434/2018-TCU-Plenário); ficando evidente, contudo, que, no presente caso concreto, os ora embargantes apenas buscaram indevidamente rediscutir o mérito do feito.

12. Bem se sabe que a eventual omissão ocorreria apenas no caso de não haver a expressa manifestação sobre algum relevante fundamento de fato ou de direito, de tal sorte que, estando a fundamentação do referido acórdão em perfeita harmonia com a correspondente conclusão, pelo enfrentamento de todos os relevantes fundamentos fáticos e jurídicos, o aludido acórdão não padece da suposta omissão.

13. Nada obsta, contudo, que, em homenagem ao devido processo legal, os ora embargantes passem a porventura manejar os demais recursos legalmente cabíveis para a efetiva rediscussão de mérito do feito, nos termos da legislação aplicável, sem a presente restrição imposta pela estreita via dos embargos de declaração.

14. Entendo, portanto, que os presentes embargos devem ser conhecidos pelo TCU para, no mérito, serem rejeitados.



Ante o exposto, proponho que seja prolatado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2316/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 001.054/2018-0.
2. Grupo II – Classe I – Assunto: Embargos de Declaração.
3. Embargantes: Marcelo José Salles de Almeida (CPF 738.146.287-72); Michel Fonseca Alexandre (CPF 094.630.367-33); Rodolfo Serpa Filho (CPF 071.622.847-52); Rogéria da Silva Savelli Guimarães (CPF 771.157.247-68).
4. Entidades: Administração Regional do Serviço Social do Comércio no Estado do Rio de Janeiro – Sesc-ARRJ e Administração Regional do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial no Estado do Rio de Janeiro – Senac-ARRJ.
5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex-RJ).
8. Representação legal:
 - 8.1. José Roberto Borges (OAB-RJ 56.635) e outros, representando Marcelo José Salles de Almeida.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que, no presente momento, tratam de embargos de declaração opostos por Marcelo José Salles de Almeida, Michel Fonseca Alexandre, Rodolfo Serpa Filho e Rogéria da Silva Savelli Guimarães em face do Acórdão 1.678/2018 proferido pelo Plenário do TCU, diante de possíveis irregularidades na Concorrência Conjunta Sesc-ARRJ e Senac-ARRJ nº 2/2017 para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de implantação de TV institucionais em prol do Sesc-ARRJ e do Senac-ARRJ, contemplando a instalação com a manutenção das telas, o suporte e o eventual desenvolvimento de conteúdo;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração para, no mérito, rejeitá-los, nos termos dos arts. 32, II, e 34 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 287 do RITCU; e
- 9.2. dar ciência da presente deliberação aos ora embargantes.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2316-38/18-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas.
 - 13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.
 - 13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.4. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho (Relator) e Weder de Oliveira.

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário
TC 025.496/2018-2



Natureza: Representação

Entidade: Companhia de Entrepostos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp)

Representante: Construrban Logística Ambiental Ltda.

Interessado: Companhia de Entrepostos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp)

Representação legal: Paula Keiko Iwamoto Poloni (177.336/OAB-SP), representando Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo; Monica Lima dos Santos (254367/OAB-SP), representando Construrban Logística Ambiental Ltda.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. EDITAL DE CHAMAMENTO 1/2018 (CEAGESP). TERMO DE PARCERIA E FOMENTO. OITIVA PRÉVIA. FALHAS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA ADOÇÃO DE MEDIDA DE URGÊNCIA. DETERMINAÇÃO PARA SUSPENSÃO CAUTELAR DO EDITAL. NOVA OITIVA DA EMPRESA PÚBLICA FEDERAL CONDUTORA DO CERTAME. APRECIÇÃO DO PLENÁRIO DA MEDIDA CAUTELAR ADOTADA. COMUNICAÇÕES.

Relatório

Adoto como relatório o despacho prolatado em 1º/10/2018, que fundamentou a concessão da medida cautelar ora em apreciação (peça 26):

“Examina-se representação formulada pela empresa Construrban Logística Ambiental Ltda. noticiando possíveis irregularidades no edital de chamamento 01/20018 (processo 046/2017), por meio do qual a Companhia de Entrepostos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp) convoca organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) interessadas na celebração de termo de parceria e fomento para implantação, manutenção e operacionalização de usina de destruição de resíduos orgânicos derivados.

Para a contextualização dos fatos processuais praticados até o momento, reproduzo, com ajustes, a instrução da Secretaria de Controle Externo em São Paulo (Secex-SP) de peça 19:

‘(...)

HISTÓRICO

Por intermédio do Edital de Chamamento 01/2018 (Processo 046/2017), a Ceagesp convocou organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) para a celebração de termo de parceria e fomento para a implantação, manutenção e operacionalização de usina de destruição de resíduos orgânicos derivados, através de decomposição ou por outro meio similar e mais eficaz, com baixo impacto ambiental e que promova a redução significativa da massa de resíduos, com baixa emissão de gases poluentes, sem formação de chamas, bem como, a agregação de outras atividades correlatas com o escopo de reduzir os custos operacionais.

A representante acusa a Ceagesp de promover uma licitação mascarada em forma de contrato de parceria. O objeto do chamamento público se refere a serviços que não devem ser realizados em sistema de parceria, como por exemplo: limpeza e conservação dos sanitários públicos: varrição, limpeza, lavagem e higienização de vias e logradouros; arcar com quaisquer ônus de natureza trabalhista, previdenciária ou social, decorrentes da execução do presente instrumento. A representante entende que todos os itens discriminados não são funções a serem realizadas através de parceria com Oscips, daí o nítido desvio de finalidade cometido no edital.

Quanto à plausibilidade jurídica, a representante aponta a restrição à competitividade do certame licitatório, dano à lisura do procedimento licitatório e ato ilegítimo ou antieconômico. Quanto ao perigo da demora, tem-se a iminência da celebração de contrato decorrente de certame licitatório e da iminência da abertura de envelopes de preços e consequente contratação.

A representante pede, em caráter de urgência, *inaudita altera parts*, a imediata suspensão do procedimento licitatório em que é licitante a Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), referente ao edital de chamamento nº 01/2018 - processo 046/2017, a ser realizado na data de 09/08/2018. No mérito, requer-se a manutenção da suspensão a determinação de anulação deste certame até que seja possível a superação completa destas irregularidades.

A instrução técnica inicial de peça 6 concluiu que:

a) a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU;

b) o pedido de medida cautelar, *inaudita altera parts*, com o fim de suspender o Chamamento Público 01/2018, pelas seguintes razões, *in verbis*:

a) previsão de serviços que não se subsomem ao rol do art. 3º da Lei 9790/1999, quais sejam:



a.1) serviços de manutenção e de operacionalização após a implantação da usina de destruição de resíduos orgânicos derivados;

a.2) serviços de coleta conteneirizada e transporte; serviços de fornecimento; instalação, manutenção e higienização de contêineres de lixo de 1.000 (mil) litros; operação e manutenção da unidade de transbordo; serviço de limpeza e conservação dos sanitários públicos; serviços de apoio operacional; e serviços de varrição, limpeza, lavagem e higienização de vias e logradouros;

b) inobservância do disposto no art. 27, III, do Decreto 3.100, de 30/07/1999;

c) inobservância do disposto no art. 9º do Decreto 3.100, de 30/07/1999.

O Ministro Relator, no despacho de peça 8, ponderou que, *in verbis*:

14. Esses serviços revelam, em análise preliminar, indícios de que o termo de fomento esteja sendo celebrado para a terceirização de serviços de limpeza e administrativos por parte do Ceagesp.

15. São serviços em que os participantes têm interesses diversos e opostos, de um lado o objeto do acordo, e de outro, a remuneração correspondente, que se dá nos termos da cláusula terceira do contrato, não restando caracterizado o interesse recíproco e comum entre a entidade e a organização que vier a se sagrar vencedora do chamamento, apto a ensejar a mútua cooperação [...]

16. Não restam caracterizados, portanto, o interesse recíproco da entidade contratante e da organização de sociedade civil que vier a ser contratada, requisito essencial para a formalização de termo de fomento em detrimento da realização de procedimento licitatório e da formalização de contrato, consoante legislação e jurisprudência anteriormente reproduzidas.

[...]

17. O cronograma do chamamento público constante do item 5 do termo de referência prevê que a abertura da sessão ocorrerá no dia 9/8, a análise e julgamento das propostas, no dia 13/8, e o resultado preliminar, no dia 14/8, havendo um prazo de 5 dias, até o dia 20/8, para apresentação de recursos (peça 3, p. 16), havendo tempo suficiente para a realização de oitiva prévia antes da adoção de medida cautelar com o fito de suspender o certame.

18. Diante do exposto, conheço da representação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, caput e VII, do RI/TCU c/c o art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993 e determino, com fundamento no art. 276, §2º, do RI/TCU, a imediata realização de oitiva do Ceagesp para que, no prazo de cinco dias úteis se manifeste sobre os fatos apontados na representação formulada pela empresa Construrban Logística Ambiental Limitada (...)

Em cumprimento ao despacho do Ministro Relator, a unidade técnica promoveu a oitiva da Ceagesp mediante o ofício de peça 9. A Ceagesp encaminhou a resposta de peça 13, além dos documentos acostados à peça 15, os quais serão analisados no tópico subsequente.

EXAME TÉCNICO

MANIFESTAÇÃO DA CEAGESP

Questões preliminares

A Ceagesp alega a ausência de interesse de agir da representante, uma vez que a empresa Construrban, ao ser convocada para formalizar aditivo ao contrato originário de coleta e destinação dos resíduos, respondeu que as condições comerciais atuais não são satisfatórias, demonstrando que o modelo atualmente vigente não é adequado e que há forma mais adequada e moderna de se dar destinação ao lixo gerado no interior da companhia. O interesse de agir, segundo a Ceagesp, resulta da lesão a um direito, pois, para exercer o direito de ação é imprescindível que haja o direito subjetivo material. Como o próprio representante afirma que as condições comerciais atuais não são satisfatórias, não há que se falar em interesse processual.

A Ceagesp também alega a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que a representante formula petição com fundamento na Lei 8.666/1993, contudo esta norma não se aplica às empresas estatais e sociedades de economia mista, uma vez que se encontra em vigor a Lei 13.303/2016. Além disso, o chamamento público é regido pela Lei 13.019/2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação, isto é, exatamente o que dispõe o Edital 01/2018, atacado pela representação, de modo que não há demonstração do pressuposto de constituição válida e regular do processo.

Sobre o mérito

A Ceagesp observa que uma empresa privada prima pelo lucro enquanto uma Oscip tem sua atividade muito mais próxima àquela típica do Estado, voltada à implementação de atividades de interesse público. Diante desta diferença, nada mais compatível do que um regime próprio de seleção que reconheça tais distinções e mitigue distorções no processo seletivo. Além disso, a Ceagesp busca reduzir gastos e implementar uma medida tecnológica mais eficaz que atenda à legislação vigente e à preservação do meio ambiente.

A Ceagesp ressalta que o edital ora impugnado estabeleceu critérios e indicadores padronizados a serem seguidos, especialmente quanto aos objetos, às metas, aos métodos, aos custos, ao plano de trabalho e aos indicadores, quantitativos, de avaliação de resultados. Além de facilitar a fiscalização da execução do serviço, a formalização do pacto pretendido com o chamamento público foi fruto de uma política de preservação do meio-ambiente e de sustentabilidade. Atualmente, nenhuma destinação sustentável está ocorrendo com os resíduos orgânicos que são produzidos diariamente no Entrepasto, lembrando que, 85% do lixo são alimentos que não podem ser colocados ao consumo humano, mas, se trabalhados, podem gerar adubos e até matéria prima para cosmético, por exemplo. Além do mais, com a implantação de usina de decomposição ou outro meio similar, não restará praticamente nenhuma matéria física para ser destinada aos aterros e, com isso, os custos serão significativamente reduzidos. Não haverá mais transportes até os aterros e nem despesas com as toneladas de resíduos orgânicos ‘jogados’ no meio-ambiente, nem mesmo a proliferação de pessoas na busca de alimentos inservíveis ao consumo humano, como ocorre atualmente.

A Ceagesp informa que a preocupação com resultados também existe no chamamento público objeto da presente representação. O que o distingue do modelo atualmente existente são a ênfase nos resultados e os meios pelos quais eles são atingidos e avaliados, tudo com vistas à preservação do meio ambiente e à sustentabilidade.

A Ceagesp observa que consta do edital a efetiva programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria, o tipo de parceria a ser celebrada, o seu objeto, as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas; as datas e os critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos. Por fim, há exigência de que a Oscip possua tempo determinado de existência, experiência para executar o objeto e capacidade técnica e operacional.

A Ceagesp alega estarem ausentes os pressupostos necessários para a concessão de liminar. Em primeiro lugar, porque a inicial não demonstrou o efetivo *periculum in mora* como pressuposto necessário ao que se busca em sede liminar, uma vez que a representante não comprovou que a providência cautelar, se não assegurada, trará algum prejuízo futuro ou iminente, que não possa vir a ser tutelado posteriormente, conforme determina o art. 300 do Código de Processo Civil. Assim como não houve a demonstração efetiva do *fumus boni iuris*, pois não é admissível incertezas ou imprecisões acerca do direito material do postulante, como é o caso dos presentes autos, pois o receio não se funda em simples estado de espírito do autor, mas sim, se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto.

ANÁLISE

Das preliminares

As questões preliminares são improcedentes, conforme demonstraremos.

A jurisdicionada alega a ausência de interesse de agir da representante, sob o argumento de que a empresa Construrban, ao ser convocada para formalizar aditivo ao contrato que mantém com Ceagesp para a coleta e destinação dos resíduos, respondeu que as condições comerciais atuais não lhe são satisfatórias. O interesse de agir, segundo a Ceagesp, pode ser visto como resultado da lesão a um direito, razão pela qual, somente a efetiva violação de um direito subjetivo material justificaria a pertinência da representação, o que não se verifica no caso em exame.

Trata-se de alegação infundada. Em primeiro lugar, inexistente nexo lógico entre a recusa em celebrar um aditivo do referido contrato e o interesse de agir da representante. O Regimento Interno do TCU estabelece, objetivamente, em seu art. 237, as hipóteses da legitimidade para representar, sendo relevante para o presente caso a prevista no seu inciso VII: órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de lei específica. Ou seja, nessa hipótese, a legitimidade de representar não guarda qualquer vínculo com circunstâncias subjetivas ou objetivas atinentes a relações obrigacionais que, porventura, possam existir entre o representante e o representado, pois ela, a legitimidade de representar, decorre diretamente de disposição legal. Além do mais, há que se considerar que os dispositivos do Código de Processo Civil se aplicam aos processos no TCU somente na ausência de normas legais regimentais específicas (Súmula TCU 103).



A Ceagesp também alega a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que a representante formula a petição com fundamento na Lei 8.666/1993, muito embora a referida legislação não se aplique às empresas estatais, uma vez que há norma específica, como é o caso da Lei 13.030/2016.

Assiste razão à Ceagesp em atacar a utilização do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 como fundamento legal da presente representação. A Lei 13.303/2016 veio a estabelecer um regime próprio de licitação para a celebração de contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio.

O art. 91 da Lei 13.303/2016 estabelece que a empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto na referida lei, permanecendo regidos pela legislação anterior os procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do referido prazo. Considerando que a publicação da Lei 13.303/2016 ocorreu em 1º/7/2016, o prazo estabelecido no art. 91 se expirou em 1º/7/2018 e que o cronograma do chamamento público indica que a publicação do edital ocorreu no período de 10/7 a 8/8/2018 (vide Anexo I do Edital do Chamamento, à fl. 16 da peça 03), possível aduzir que, de fato, a Lei 8.666/1993 não poderia mais embasar a representação.

Por outro lado, é relevante notar que o § 2º do art. 87 da Lei 13.303/2016 reproduz o exato teor do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, qual seja:

§ 2º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao tribunal de contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Portanto, não obstante se deva reconhecer o equívoco na utilização do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 como fundamento legal da presente representação, este não tem o condão de prejudicar o conhecimento desta representação, em face do disposto no § 2º do art. 87 da Lei 13.303/2016, visto que ele atende plenamente à hipótese descrita no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU. Aplica-se *in casu* o princípio *mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me os fatos e te darei o direito) e *jura novit curia* (o juiz conhece o direito). Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara ensina que a petição inicial no processo civil deve especificar os fundamentos jurídicos, os quais são a causa de pedir remota, ou seja, o título do direito afirmado pelo autor, mas que, por outro lado, é absolutamente desnecessária a indicação dos dispositivos legais onde o autor foi buscar os fundamentos para embasar sua demanda (Lições de direito processual civil: vol. I. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 332).

Embora o procedimento atacado cuide, formalmente, de chamamento público, há que se considerar que a representante justifica a impugnação com base em suposto desvio de finalidade do edital, cujo objeto é a realização de serviços que, na realidade, somente podem ser realizados através de processo licitatório. Assim, a presente representação encontra respaldo no disposto no § 2º do art. 87 da Lei 13.303/2016 c/c o art. 237, inciso VII, do RI/TCU.

Do mérito

O pedido de medida cautelar procede, conforme demonstraremos.

A Ceagesp alega que a opção pela celebração de termo de parceria se deveu às seguintes razões: (a) a Oscip exerce atividade mais próxima à do Estado, voltada ao interesse público; (b) necessidade de reduzir gastos e implementar uma medida tecnológica mais eficaz, que atenda à legislação vigente e preserve o meio ambiente. Além disso, a Ceagesp ressalta as vantagens econômicas e ambientais da solução tecnológica buscada mediante o termo de parceria, bem como esclarece que o edital foi elaborado com total zelo, inclusive quanto aos critérios de seleção e julgamento das propostas, como também com relação à exigência da capacidade técnica e operacional da Oscip.

Vê-se, assim, que a Ceagesp não contesta a acusação de que o Edital de Chamamento 01/2018 (cfme. Termo de Referência, à fl. 15 da peça 3) abrange serviços incompatíveis com a natureza do termo de parceria, quais sejam:

- a) serviços de coleta conteneirizada e transporte;
- b) serviços de fornecimento/instalação/manutenção/higienização de contêineres de lixo de 1.000 (mil) litros;
- c) operação e manutenção da unidade de transbordo;
- d) serviço de limpeza e conservação dos sanitários públicos;
- e) serviços de apoio operacional;



- f) serviços de varrição, limpeza, lavagem e higienização de vias e logradouros;
- g) serviços de conscientização e reeducação do público do programa e entreposto;
- h) serviços de reciclagem e coleta de doações de perecíveis.

O Ministro Relator, no despacho de peça 8, pondera que, *in verbis*:

14. Esses serviços revelam, em análise preliminar, indícios de que o termo de fomento esteja sendo celebrado para a terceirização de serviços de limpeza e administrativos por parte do Ceagesp.

15. São serviços em que os participantes têm interesses diversos e opostos, de um lado o objeto do acordo, e de outro, a remuneração correspondente, que se dá nos termos da cláusula terceira do contrato, não restando caracterizado o interesse recíproco e comum entre a entidade e a organização que vier a se sagrar vencedora do chamamento, apto a ensejar a mútua cooperação entre elas.

“CLÁUSULA TERCEIRA - DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS E FINANCEIROS

3.1. A CEAGESP efetuará pagamento pela coleta e destinação dos resíduos do Entreposto, bem como, pelos demais serviços agregados, conforme planilha de custo anual apresentada junto ao Plano de Trabalho, até a implantação total da usina de decomposição, oportunidade em que, será reavaliado os custos operacionais.”

16. Não restam caracterizados, portanto, o interesse recíproco da entidade contratante e da organização de sociedade civil que vier a ser contratada, requisito essencial para a formalização de termo de fomento em detrimento da realização de procedimento licitatório e da formalização de contrato, consoante legislação e jurisprudência anteriormente reproduzidas.

Nessa mesma linha, o Ministro Benjamin Zymler, ao relatar o Acórdão 352/2016-TCU-Plenário, esclarece que: ‘A utilização de convênios ou instrumentos congêneres, tais como termos de colaboração e de fomento, pressupõe a existência de interesses recíprocos entre concedente e conveniente, sem que exista a previsão de lucro por uma das partes, tampouco a prestação de um serviço mediante pagamento pela outra parte’.

Outrossim, cumpre ressaltar que o Edital de Chamamento 01/2018 macula-se pela obscuridade quanto à natureza da parceria que se quer estabelecer, pelas razões a seguir expostas.

O item 2 do edital (fls. 1-2 da peça 3) estabelece que o objeto do chamamento público é a seleção de organização da sociedade civil de interesse público (Oscip) para celebração de termo de parceria e fomento. O termo de fomento é uma modalidade de parceria prevista na Lei 13.019/2014, tendo sido definido em seu art. 2º, inciso VIII. Senão vejamos, *in verbis*:

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;

Mas, considerando que a finalidade (entenda-se ‘objeto’) do Edital de Chamamento 01/2018 foi proposta pela Ceagesp, assim como as metas, os prazos e os resultados a serem alcançados, o instrumento apropriado, previsto na Lei 13.019/2014, seria, na realidade, o termo de colaboração, que é assim definido no seu art. 2º, inciso VII:

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;

Vale aqui observar que a adoção do termo de fomento ao invés do termo de colaboração, em nossa opinião, constitui apenas uma impropriedade formal.

Já a expressão ‘termo de parceria’ pode ter dois significados jurídicos. O termo de parceria *lato sensu* que é o gênero que abarca todas as espécies de acordos de cooperação entre a administração pública e organizações da sociedade civil (cfme. Lei 13.019/2014, art. 2º, inciso III). E o termo de parceria *stricto sensu* que é o ‘instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º’ da Lei 9.790/1999, sendo esta, justamente, a natureza que reveste o termo a ser celebrado mediante o Chamamento 01/2018.

Importante ressaltar que o termo de parceria *stricto sensu* permanece plenamente hígido, segundo disposição da própria Lei 13.019/2014, que assim estabelece:

Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

[...]

VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999;

Vê-se que no ordenamento jurídico subsistem dois instrumentos de cooperação assemelhados: o termo de colaboração da Lei 13.019/2014 e o termo de parceria *stricto sensu* da Lei 9.790/1999. Contudo, são institutos independentes entre si, cujas principais diferenças estão resumidas no quadro abaixo.

	termo de colaboração da Lei 13.019/2014	termo de parceria da Lei 9.790/1999
entidade privada legitimada	associações e fundações privadas sem fins lucrativos	Oscip - entidades privadas sem fins lucrativos que atendam aos requisitos dos arts. 1º ao 4º da Lei 9.790/1999.
procedimento de seleção	chamamento público (arts. 23 a 31 da Lei 13.019/2014)	concurso de projetos (art. 23 do Decreto 3.100/1999)
objeto	finalidade de interesse público e recíproco	fomento e execução das atividades de interesse público especificadas no art. 3º da Lei 9.790/1999

Percebe-se que, no tocante às partes e ao objeto, o termo de colaboração é menos restritivo do que o termo de parceria *stricto sensu*, podendo-se mesmo asseverar que o segundo está contido no primeiro. Para compatibilizar esses dois instrumentos, há que se admitir que, se cumpridos os requisitos mais rigorosos previstos na Lei nº 9.790/1999, o gestor público pode optar, discricionariamente, por qualquer uma dessas duas modalidades de ajuste. Ou seja, nesse caso é lícito ao gestor restringir às Oscips a participação em uma parceria (*lato sensu*), quando entender que a qualificação mais exigente e rigorosa dessa espécie de entidade social se mostrar mais conveniente às finalidades pretendidas. Mas se assim decidir, como ocorreu no Edital de Chamamento 01/2018, o ato convocatório haverá de observar as disposições da Lei 9.790/1999 e do Decreto 3.100/1999.

No entanto, a Ceagesp, embora tenha optado por convocar tão somente Oscips, adota, de forma incoerente, o procedimento de chamamento público previsto na Lei 13.019/2014 para fins de seleção e julgamento das propostas, em prejuízo das disposições do Decreto 3.100/1999 que estabelecem o concurso de projetos como o procedimento específico para a constituição do termo de parceria *stricto sensu*.

No tocante ao objeto do termo de parceria *stricto sensu*, a Lei 9.700/1999, através do art. 3º c/c o art. 9º, estabelece que a formação de vínculo de cooperação entre as partes deve visar ao fomento e à execução das seguintes atividades de interesse público:

- I - promoção da assistência social;
- II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- V - promoção da segurança alimentar e nutricional;
- VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- VII - promoção do voluntariado;
- VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.
- XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

Vê-se que a natureza do projeto de implantação de usina de destruição de resíduos orgânicos e derivados, através de decomposição ou por outro meio similar e mais eficaz, com baixo impacto ambiental e que promova a redução significativa da massa dos resíduos, com baixa emissão de gases poluentes, sem formação de chamas, a princípio, encontra respaldo nos incisos VI c/c o XII do art. 3º da Lei 9790/1999. Ou seja, tal projeto pode ser

compreendido como sendo de desenvolvimento de tecnologia alternativa mais benéfica à defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável.

Porém, as atribuições da organização da sociedade civil previstas no Termo de Referência, à fl. 15 da peça 3, além de não atenderem ao requisito essencial para a formalização de todo termo de parceria (*lato sensu*), qual seja, o interesse recíproco entre as partes (sem que exista a previsão de lucro por uma das partes, tampouco a prestação de um serviço mediante pagamento pela outra parte), também infringem o disposto no art. 3º c/c o 9º da Lei 9790/1999.

Outra questão relevante diz respeito aos custos envolvidos no projeto, sejam os de investimento, sejam os de custeio. Segundo o item 10 do Edital de Chamamento 01/2018 (fls. 8 da peça 3), a seleção do projeto social está focada apenas no quesito qualidade e tecnicidade do serviço, conforme os critérios descritos na tabela de fls. 8-10 da peça 3. Ou seja, a seleção do projeto não leva em conta nenhum critério que avalie o seu custo/benefício, baseando-se somente no quesito qualidade e tecnicidade do serviço. Acontece que o Decreto 3.100, de 30/07/1999, ao regulamentar a Lei 9790/1999, além de exigir a apresentação do detalhamento dos custos (art. 26), estabelece a obrigação de se considerar na seleção e no julgamento dos projetos a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados (art. 27, III). Senão vejamos:

Art. 26. A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público deverá apresentar seu projeto técnico e o detalhamento dos custos a serem realizados na sua implementação ao órgão estatal parceiro.

Art. 27. Na seleção e no julgamento dos projetos, levar-se-ão em conta:

I - o mérito intrínseco e adequação ao edital do projeto apresentado;

II - a capacidade técnica e operacional da candidata;

III - a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados;

IV - o ajustamento da proposta às especificações técnicas;

V - a regularidade jurídica e institucional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; e

VI - a análise dos documentos referidos no art. 11, § 2º, deste Decreto.

No que tange à habilitação da organização da sociedade civil de interesse público verifica-se que o Edital de Chamamento 01/2018 não atende plenamente ao que dispõe o art. 9º do Decreto 3.100, de 30/07/1999. Senão vejamos:

Art. 9º O órgão estatal responsável pela celebração do Termo de Parceria verificará previamente:

I - a validade do certificado de qualificação expedida pelo Ministério da Justiça, na forma do regulamento;

II - o regular funcionamento da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; e

III - o exercício pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público de atividades referentes à matéria objeto do Termo de Parceria nos últimos três anos.

Ocorre que o Edital de Chamamento 01/2018 apenas exige cópia autenticada da outorga da qualificação pelo Ministério da Justiça e/ou outorga da qualificação pelo órgão Público Estadual ou Municipal (item 7.1.1, "d", à fl. 6 da peça 3).

CONCLUSÃO

Estão presentes os requisitos necessários à concessão da medida cautelar pleiteada pela representante.

O *fumus boni iuris* há que ser reconhecido em razão dos seguintes fatos que maculam o Edital de Chamamento 01/2018:

a) inclusão de serviços que não se coadunam com o interesse recíproco e comum que deve existir na celebração da parceria entre a entidade e a organização que vier a se sagrar vencedora do chamamento público (cfme. Acórdão 352/2016-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Benjamin Zymler);

b) inobservância das seguintes disposições da Lei 9.790/1999 e do Decreto 3.100/1999:

b.1) ambiguidade na definição do instrumento de cooperação, que no caso das Oscips há de ser o termo de parceria *stricto sensu* previsto no art. 9º da Lei 9.790/1999;

b.2) adoção do procedimento de chamamento público em prejuízo do de concurso de projetos previsto no art. 23 do Decreto 3.100/1999;

b.3) inclusão de serviços que não se subsomem ao rol do art. 3º da Lei 9790/1999;

b.4) inobservância do disposto no art. art. 27, III, do Decreto 3.100, de 30/07/1999;

b.5) inobservância do disposto no art. 9º, inciso III, do Decreto 3.100, de 30/07/1999.

O *periculum in mora* decorre da iminência da celebração do termo de parceria ou, caso este já tenha sido formalizado, da premência para interromper a execução do objeto em sua fase inicial, de forma a evitar dispêndios na execução da parceria que pode vir a ser anulada. Segundo o item 5 do Termo de Referência, fl. 16



da peça 3, a sessão de credenciamento e recebimento da documentação de habilitação e da proposta do projeto estava agendada para o dia 9/8/2018, a análise e o julgamento estavam previstas para o dia 13/08/2018, o resultado preliminar para o dia 14/08/2018, e, após o prazo de 5 dias para recursos, o resultado final estava previsto para o dia 27/08/2018.

De outra parte, não foram identificados elementos nos autos que indiquem que a adoção da medida cautelar, na forma requerida pela representante, seja capaz de trazer prejuízos significativos à Ceagesp ou ao interesse público.

Por derradeiro, cabe propor:

- a) a oitiva da Ceagesp, nos termos art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU;
- b) a oitiva da Oscip que, porventura, já tenha sido selecionada no Chamamento Público 01/2018;
- c) diligência junto à Ceagesp para que:
 - c.1) informe sobre o andamento do Edital de Chamamento 01/2018, encaminhando, se for o caso, cópia da proposta selecionada e do termo de parceria/fomento firmado;
 - c.2) informe sobre a situação do contrato em vigor de serviços de coleta e destinação dos resíduos, encaminhando cópia do contrato e respectivos aditivos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante todo o exposto, propomos:

- a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o § 2º do art. 87 da Lei 13.303/2016 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014;
- b) determinar, em razão do pedido formulado pela representante, cautelarmente, nos termos do art. 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU, do Regimento Interno/TCU, à Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo que suspenda o Edital de Chamamento 01/2018 (Processo 046/2017) até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada;
- c) determinar, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva da Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo para, no prazo de 15 dias, manifestar-se sobre os fatos apontados na representação formulada pela empresa Construrban Logística Ambiental Limitada, especialmente quanto aos fatos abaixo discriminados, alertando-a quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a anulação do Edital de Chamamento 01/2018 (Processo 046/2017) e dos demais atos dele decorrentes, bem assim aplicar aos responsáveis por eventuais irregularidades na condução do referido certame a multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992;
 - c.1) inclusão de serviços que não se coadunam com o interesse recíproco e comum que deve existir na celebração da parceria entre a entidade e a organização que vier a se sagrar vencedora do chamamento público (cfme. Acórdão 352/2016-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Benjamin Zymler);
 - c.2) inobservância das seguintes disposições da Lei 9.790/1999 e do Decreto 3.100/1999:
 - c.2.1) ambiguidade na definição do instrumento de cooperação, que no caso das Oscips há de ser o termo de parceria *stricto sensu* previsto no art. 9º da Lei 9.790/1999;
 - c.2.2) adoção do procedimento de chamamento público em prejuízo do de concurso de projetos previsto no art. 23 do Decreto 3.100/1999;
 - c.2.3) inclusão de serviços que não se subsomem ao rol do art. 3º da Lei 9790/1999;
 - c.2.4) inobservância do disposto no art. art. 27, III, do Decreto 3.100, de 30/07/1999;
 - c.2.5) inobservância do disposto no art. 9º, inciso III, do Decreto 3.100, de 30/07/1999.
- d) determinar, desde logo, nos termos do art. 250, inciso V, do Regimento Interno/TCU, a oitiva da organização da sociedade civil que, porventura, tenha sido selecionada, para, no prazo de 15 dias, querendo, manifestar-se sobre os fatos apontados na representação formulada pela empresa Construrban Logística Ambiental Limitada, alertando-a quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a anulação do Processo 046/2017 (Edital de Chamamento 01/2018);
- e) realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU, junto à Ceagesp para que informe sobre:
 - e.1) o andamento do Edital de Chamamento 01/2018, encaminhando, se for o caso, cópia da proposta selecionada e do termo de parceria/fomento firmado;
 - e.2) a situação do contrato em vigor de coleta e destinação dos resíduos, encaminhando cópia do contrato e respectivos aditivos;
- f) encaminhar cópia da presente instrução à Ceagesp a fim de subsidiar as manifestações a serem requeridas;



g) comunicar à representante, empresa Construrban Logística Ambiental Limitada, a decisão que vier a ser adotada nestes autos.”

II

3. A fim de dar maior celeridade ao processo, minha assessoria solicitou à coordenadoria de auditoria interna da Ceagesp, por *e-mail*, informações a respeito do andamento atual do procedimento objeto do edital do chamamento 1/2018 e do contrato de prestação dos serviços (peça 22).

4. Em resposta, foi informado que, em vista desta representação, o procedimento em questão foi sobrestado administrativamente pelo grupo de trabalho encarregado, e que em 13/6/2018 foi assinado o segundo termo aditivo entre a Ceagesp e a empresa Construrban, prorrogando o contrato de prestação de serviços até 27/6/2019 (peças 23 e 25). Nesta oportunidade, foi também encaminhada cópia do parecer jurídico 219/2017 a respeito da viabilidade (procedimento licitatório) do projeto de destinação dos resíduos sólidos (peça 24).

5. A análise empreendida pela Secex-SP, após o envio das primeiras manifestações da Ceagesp em atenção à oitiva que determinei, concluiu pela existência das seguintes falhas no edital de chamamento 1/2018:

a) em vista do caráter restritivo de seleção de apenas Oscips interessadas e a natureza do objeto, o instrumento jurídico adequado não seria o termo de fomento/colaboração regido pela Lei 13.019/2014, mas o termo de parceria regulado pela Lei 9.790/1999 e pelo Decreto 3.100/1999, na modalidade de concurso de projetos, cujo alguns dos serviços (objeto) se enquadrariam nas atividades previstas nos incisos VI e XII do art. 3º, da Lei 9.790/1999;

b) não foram devidamente adotados e justificados disposições de aferição aos requisitos essenciais da parceria que se pretende celebrar, quais sejam: interesse recíproco e mútua cooperação (arts. 8º, Decreto 3.100/1999);

c) considerando que nas parcerias com Oscips não há previsão de lucro por parte da entidade parceira (art. 1º, § 1º, Lei 9.790/1999), não foi informada/justificada qual seria a natureza dos pagamentos a serem desembolsados à Oscip vencedora da seleção;

d) não foram estabelecidos o detalhamento de custos, cronogramas e resultados como critérios de julgamento do projetos (arts. 26 e 27, III, Decreto 3.100/1999);

e) o edital 1/2018 não estipulou as exigências de habilitação das Oscips, conforme os critérios dispostos no ar. 9º do Decreto 3.1000/1999.

6. Nesta oportunidade, cabe registrar algumas disposições do Decreto 7.404/2010, que regulamentou a Lei 12.305/2010, a qual instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (com meus destaques):

“(…)

TÍTULO V

DA PARTICIPAÇÃO DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS E REUTILIZÁVEIS

Art. 40. O sistema de coleta seletiva de resíduos sólidos e a logística reversa priorizarão a participação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis constituídas por pessoas físicas de baixa renda.

Art. 41. Os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos definirão programas e ações para a participação dos grupos interessados, em especial das cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda.

Art. 42. As ações desenvolvidas pelas cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis no âmbito do gerenciamento de resíduos sólidos das atividades relacionadas no art. 20 da Lei nº 12.305, de 2010, deverão estar descritas, quando couber, nos respectivos planos de gerenciamento de resíduos sólidos.

Art. 43. A União deverá criar, por meio de regulamento específico, programa com a finalidade de melhorar as condições de trabalho e as oportunidades de inclusão social e econômica dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis.

Art. 44. As políticas públicas voltadas aos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis deverão observar:

I - a possibilidade de dispensa de licitação, nos termos do inciso XXVII do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, para a contratação de cooperativas ou associações de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;

II - o estímulo à capacitação, à incubação e ao fortalecimento institucional de cooperativas, bem como à pesquisa voltada para sua integração nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; e

III - a melhoria das condições de trabalho dos catadores.

Parágrafo único. Para o atendimento do disposto nos incisos II e III do caput, poderão ser celebrados contratos, convênios ou outros instrumentos de colaboração com pessoas jurídicas de direito público ou privado, que atuem na criação e no desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, observada a legislação vigente.”

7. A par desses dispositivos, o edital do chamamento público 1/2018 ou, eventualmente, outro instrumento convocatório que vier a substituí-lo também deve contemplar o regramento da lei da política nacional de resíduos sólidos, em especial sobre o modo de participação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis constituídas por pessoas físicas de baixa renda.

8. Com efeito, há possibilidade de aprimoramento do instrumento convocatório do chamamento das Oscips, de modo a atender aos dispositivos legais e normativos aplicados aos termos de parceria (Lei 9.790/1999 e seu decreto regulamentar 3.100/1999 e a Lei 12.305/2010 e seu regulamento – Decreto 7.404/2010).

9. Assim, considerando que não há *periculum in mora* reverso, porquanto existe contrato em andamento, com vigência até 27/6/2019, executado pela empresa ora representante: Construrban Logística Ambiental Ltda., e que restam devidamente delineados os requisitos para adoção de medida de urgência, determino, consoante proposta pela Secex-SP:

a) cautelamente, nos termos do art. 276, *caput*, do RI/TCU, à Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp) que suspenda o edital de chamamento 01/2018 (processo 046/2017) até que este Tribunal decida sobre o mérito das questões discutidas nestes autos;

b) nos termos dos arts. 250, V e 276, § 3º, do RI/TCU, a oitiva da Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp) para, no prazo de 15 dias, manifestar-se sobre os fatos apurados nesta representação, especialmente quanto aos fatos abaixo discriminados, constatados no instrumento convocatório, alertando-a quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a anulação do edital de chamamento 01/2018 (processo 046/2017) e dos demais atos dele decorrentes, bem assim aplicar aos responsáveis por eventuais irregularidades na condução do referido certame a multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992:

b.1) inclusão de serviços que não se coadunam com o rol do art. 3º da Lei 9.790/1999 e com o interesse recíproco e comum que deve existir na celebração da parceria entre a entidade e a organização que vier a se sagrar vencedora do chamamento público (acórdão 352/2016-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Benjamin Zymler); a exemplo do serviço de limpeza e conservação dos sanitários públicos e dos serviços de varrição, limpeza, lavagem e higienização de vias e logradouros;

b.2) ambiguidade na definição do instrumento de cooperação, que no caso das Oscips há de ser o termo de parceria *stricto sensu* previsto no art. 9º da Lei 9.790/1999;

b.3) adoção do procedimento de chamamento público em prejuízo do concurso de projetos previsto no art. 23 do Decreto 3.100/1999;

b.4) inobservância do disposto no art. 27, III, do Decreto 3.100, de 30/7/1999, que prevê a exigência de detalhamento de custos, cronogramas e resultados dos projetos apresentados;

b.5) inobservância do disposto no art. 9º, III, do Decreto 3.100, de 30/7/1999, relativamente aos requisitos para habilitação das Oscips interessadas; e

b.6) ausência de previsão da participação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis constituídas por pessoas físicas de baixa renda (art. 40, Decreto 7.404/2010).

Restituam-se os autos à unidade instrutiva para as providências cabíveis à continuação do processo, devendo-se encaminhar cópia desta decisão e da instrução à peça 19 à Ceagesp para subsidiar suas manifestações.”

É o relatório.

Proposta de Deliberação

Examina-se representação formulada pela empresa Construrban Logística Ambiental Ltda. noticiando possíveis irregularidades no edital de chamamento 01/20018 (processo 046/2017), por meio do qual a Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp) convoca



organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) interessadas na celebração de termo de parceria e fomento para implantação, manutenção e operacionalização de usina de destruição de resíduos orgânicos derivados.

2. Considerando a possibilidade de aprimoramento do instrumento convocatório do chamamento das Oscips, de modo a atender aos dispositivos legais e normativos aplicados aos termos de parceria (Lei 9.790/1999 e seu decreto regulamentar 3.100/1999 e a Lei 12.305/2010 e seu regulamento – Decreto 7.404/2010).

3. Considerando que não há *periculum in mora* reverso, porquanto existe contrato em andamento, com vigência até 27/6/2019, executado pela empresa ora representante: Construrban Logística Ambiental Ltda., e que foram devidamente delineados os requisitos para adoção de medida de urgência, determinei, por meio do despacho à peça 26, consoante proposta pela Secex-SP:

“a) cautelamente, nos termos do art. 276, *caput*, do RI/TCU, à Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp) que suspenda o edital de chamamento 01/2018 (processo 046/2017) até que este Tribunal decida sobre o mérito das questões discutidas nestes autos;

b) nos termos dos arts. 250, V e 276, § 3º, do RI/TCU, a oitiva da Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp) para, no prazo de 15 dias, manifestar-se sobre os fatos apurados nesta representação, especialmente quanto aos fatos abaixo discriminados, constatados no instrumento convocatório, alertando-a quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a anulação do edital de chamamento 01/2018 (processo 046/2017) e dos demais atos dele decorrentes, bem assim aplicar aos responsáveis por eventuais irregularidades na condução do referido certame a multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992:

b.1) inclusão de serviços que não se coadunam com o rol do art. 3º da Lei 9.790/1999 e com o interesse recíproco e comum que deve existir na celebração da parceria entre a entidade e a organização que vier a se sagrar vencedora do chamamento público (acórdão 352/2016-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Benjamin Zymler); a exemplo do serviço de limpeza e conservação dos sanitários públicos e dos serviços de varrição, limpeza, lavagem e higienização de vias e logradouros;

b.2) ambiguidade na definição do instrumento de cooperação, que no caso das Oscips há de ser o termo de parceria *stricto sensu* previsto no art. 9º da Lei 9.790/1999;

b.3) adoção do procedimento de chamamento público em prejuízo do concurso de projetos previsto no art. 23 do Decreto 3.100/1999;

b.4) inobservância do disposto no art. 27, III, do Decreto 3.100, de 30/7/1999, que prevê a exigência de detalhamento de custos, cronogramas e resultados dos projetos apresentados;

b.5) inobservância do disposto no art. 9º, III, do Decreto 3.100, de 30/7/1999, relativamente aos requisitos para habilitação das Oscips interessadas; e

b.6) ausência de previsão da participação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis constituídas por pessoas físicas de baixa renda (art. 40, Decreto 7.404/2010).”

Ante as razões de decidir apresentadas no relatório precedente e com fundamento no art. 276, § 1º, do RI/TCU, manifesto-me por que seja adotada a decisão que ora submeto à apreciação deste Colegiado, consoante sistemática adotada por meio da Comunicação da Presidência ao Plenário em 25/10/2017.

ACÓRDÃO Nº 2317/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 025.496/2018-2.

2. Grupo I – Classe VII - Assunto: Representação

3. Interessado/Representante:

3.1. Interessado: Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp).

3.2. Representante: Construrban Logística Ambiental Ltda.

4. Entidade: Companhia de Entrepósitos de Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp).



5. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo em São Paulo (Secex-SP).
8. Representação legal: Paula Keiko Iwamoto Poloni (177.336/OAB-SP), representando Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo; Monica Lima dos Santos (254367/OAB-SP), representando Construrban Logística Ambiental Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela empresa Construrban Logística Ambiental Ltda. noticiando possíveis irregularidades no edital de chamamento 01/20018 (processo 046/2017) de convocação de organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) interessadas na celebração de termo de parceria e fomento para implantação, manutenção e operacionalização de usina de destruição de resíduos orgânicos derivados.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. com fulcro no art. 276, *caput*, do RI/TCU, referendar a medida cautelar adotada pelo relator por meio do despacho contido na peça 26 destes autos, transcrito no relatório que precede este acórdão, bem como as medidas acessórias constantes no mencionado despacho.

10. Ata nº 38/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/10/2018 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2317-38/18-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Bruno Dantas.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira (Relator).