

VOTO

Tratam os autos de tomada de contas especial instaurada pelo inventariante do extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagens - DNER e concluída pelo Ministério dos Transportes, por determinação da Decisão 850/2000-TCU/Plenário, em razão de pagamento indevido de indenização referente à desapropriação consensual de terras na jurisdição do 11º Distrito Rodoviário Federal, no estado de Mato Grosso.

Este processo é parte de um conjunto de 47 tomadas de contas especiais, instauradas em decorrência da Decisão 850/2000 - TCU - Plenário, por meio da qual o Tribunal determinou à Secretaria Federal de Controle Interno que realizasse *“a revisão de todos os pagamentos efetuados dentro do programa de ‘desapropriação consensual’, pelo 11º Distrito Rodoviário Federal de Mato Grosso”*.

A irregularidade tratada nestes autos é idêntica às dos TC's 000.536/2003-5, 000.538/2003-0, 018.642/2003-8 e 018.650/2003-0, nos quais foram identificados pagamentos ilegais de desapropriação de imóveis envolvendo os mesmos ex-servidores do extinto DNER, com semelhante *modus operandi*.

Os autos foram inicialmente julgados pelo Acórdão 198/2008-TCU-2.ª Câmara, relator o Ministro Ubiratan Aguiar, que julgou irregulares as contas dos gestores Gilton Andrade Santos, Francisco Campos de Oliveira e Alter Alves Ferraz, condenando-os, em solidariedade com o Sr. Khalil Mikhail Malouf – beneficiário da indenização de desapropriação – ao pagamento do débito apurado, no valor de CR\$ 782.090,00, referente a 16/9/1993, além de aplicar-lhes multa individual no valor de R\$ 10.000,00.

Posteriormente, em sede de recurso de reconsideração, o Tribunal decidiu, por meio do Acórdão n.º 3.852/2009-TCU-2.ª Câmara, anular a decisão anterior, ante a existência de cerceamento do direito de defesa dos responsáveis.

Após nova instrução do feito, foi prolatado o Acórdão 6.453/2011-TCU-1ª Câmara, o qual estabeleceu as mesmas condenações inicialmente impostas na decisão de 2008, sendo revéis os Senhores Francisco Campos de Oliveira e Alter Alves Ferraz.

Na ocasião, coube a mim a relatoria do processo.

Em seguida, o Tribunal apreciou novo recurso de reconsideração, o qual teve o provimento negado por meio do Acórdão n.º 4.996/2012-TCU-1.ª Câmara.

Ato contínuo, a Unidade Técnica verificou haver nulidade na citação do Senhor Alter Alves Ferraz, porquanto, no momento da comunicação processual, o responsável já havia falecido e a citação havia sido realizada em seu próprio nome e não no de seu espólio ou herdeiros.

Apurou-se, ainda, que o Senhor Gilton Andrade Santos também falecera, porém depois de apresentar suas alegações de defesa (Peça 57).

Nesse contexto, o Tribunal prolatou o Acórdão n.º 5.254/2013-1.ª Câmara, por meio do qual foi declarada a nulidade da citação do Senhor Alter Alves Ferraz, bem como dos Acórdãos n.º 6.453/2011-1.ª Câmara e 4.996/2012-1.ª Câmara, permanecendo válidas, no entanto, as demais comunicações processuais e as respostas apresentadas pelos responsáveis (Peça 64).

Por fim, foi elaborada nova instrução, reproduzida no relatório antecedente, e na qual a Unidade Técnica verificou que o Senhor Khalil Mikhail Malouf pagou todas as parcelas do débito - atualizado e com juros de mora - e da multa a que fora condenado, não obstante a nulidade do acórdão condenatório.

Com a quitação do débito, a Unidade Técnica decidiu, em homenagem à economia processual, não promover a citação dos herdeiros do Senhor Alter Alves Ferraz, cuja citação inválida foi o motivo determinante para a anulação dos Acórdãos 6.453/2011 e 4.996/2012, ambos da 1.ª Câmara.

Em seguida, aproveitando a análise de mérito anteriormente formulada, propôs julgamento pela irregularidade das contas dos demais gestores e a condenação solidária destes com o Senhor Khalil Mikhail Malouf, em relação ao débito apurado, ao mesmo tempo em que propugnou, em seguida, por conceder quitação a todos em relação ao débito considerado pago.

No tocante à multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443/92, entende a Unidade Técnica que devem ser condenados os responsáveis que permanecem vivos, Senhores Francisco Campos de Oliveira e Khalil Mikhail Malouf, devendo, em seguida, ser dada quitação ao segundo, haja vista o pagamento desse encargo pelo responsável.

Propôs, ainda, a exclusão da responsabilidade do Senhor Benedito José da Silva, nos mesmos termos do Acórdão 198/2008-TCU-2.ª Câmara.

O Ministério Público entende que, uma vez ocorrido o pagamento total do débito, não há mais dívida, não havendo razão para se falar em condenação, devendo-se tão somente expedir quitação aos responsáveis, independentemente do mérito das contas.

Propõe a devolução dos juros de mora pagos, ao argumento de que se Lei Orgânica admite o pagamento do débito sem a aplicação de juros de mora mesmo após a rejeição das alegações de defesa, caso seja reconhecida a boa-fé do responsável, não haveria razão para não conferir o mesmo tratamento na hipótese em que o pagamento tenha ocorrido antes do término da deliberação pela condenação.

Diverge em relação à sanção a ser aplicada, entendendo que se o débito já foi quitado, não há que se falar em condenação ao pagamento de multa proporcional ao valor do dano.

Em relação ao único gestor que permanece vivo, Sr. Francisco Campos de Oliveira, revel nestes autos, entende ser em princípio cabível a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei n.º 8.443/92 mas, considerando o longo decurso de tempo desde o conhecimento das irregularidades pelo Tribunal, bem como o fato de que o débito apurado já foi quitado, propugna pela irregularidade das contas, sem aplicação de multa, proposta esta que estende ao Sr. Gilton Andrade Santos, que faleceu após a apresentação das alegações de defesa.

São essas, em síntese, as questões postas à deliberação do Colegiado.

II

Em relação às propostas formuladas pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público, acolho aquelas que se apresentam coincidentes, discriminadas a seguir, tendo por fundamento as análises constantes do relatório que adoto como razões de decidir.

Manifesto-me de acordo, portanto, com os seguintes encaminhamentos:

a) excluir o Sr. Benedito José da Silva (CPF 152.097.929-00) do polo passivo da presente tomada de contas especial, uma vez que atuou como mero procurador do Sr. Khalil Mikhail Malouf;

b) considerar revel, para todos os efeitos legais, o Sr. Francisco Campos de Oliveira, dando-se prosseguimento ao processo, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, § 8º, do RITCU;

c) deixar de proceder à citação dos herdeiros do Sr. Alter Alves Ferraz, por economia processual, haja vista o recolhimento integral do débito pelo Sr. Khalil Mikhail Malouf;

d) rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos e pelo Sr. Khalil Mikhail Malouf.

Em relação ao mérito das contas, assiste razão ao *Parquet* especializado.

Ocorrido o recolhimento de quantia equivalente ao dano ao Erário, ou seja, cumprido o dever de restituir integralmente o montante indevidamente percebido, já não subsiste o débito identificado nos autos. A obrigação de ressarcimento extinguiu-se com o seu adimplemento, não havendo fundamento para falar em condenação em débito ou ressarcimento, como pretendeu a Unidade Técnica, devendo-se tão somente expedir quitação aos responsáveis, mas mantida a irregularidade das contas, tanto dos gestores como do ex-proprietário.

Como consequência direta do ressarcimento ao erário, da inexistência atual de dívida e da impossibilidade de condenação em débito, não há falar em aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92, pois que seu pressuposto é a condenação para o ressarcimento do dano.

Em se tratando de contas julgadas irregulares e sem débito, seria cabível a aplicação da multa insculpida no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92. Com o falecimento dos gestores Gilton Andrade Santos e Alter Alves Ferraz, apenas o Sr. Francisco Campos de Oliveira, revel nestes autos, poderia sofrer semelhante sanção.

Nesse ponto, divirjo do Ministério Público por não vislumbrar qualquer excludente de ilicitude que permitisse o afastamento da aplicação dessa sanção ao referido gestor, razão pela qual entendo deva ele ser apenado nos exatos termos da lei.

Em relação à aplicação de semelhante sanção ao Sr. Khalil Mikhail Malouf, entendo assistir razão ao Parquet, ao afirmar que a multa insculpida no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92 somente pode ser aplicada aos gestores, e não aos terceiros sem vínculo com a administração.

A jurisprudência atual do TCU admite o julgamento das contas de terceiro, não gestor, que tenha contribuído para a consecução do dano, bem como a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei Orgânica do TCU. Trata-se de aplicação direta da previsão constitucional que prevê a responsabilização de todo aquele que vier a causar danos ao erário.

Não há, porém, previsão legal ou regimental para a aplicação da pena do art. 58 a terceiro – que não geriu recursos públicos – e teve suas contas julgadas irregulares sem débito. A hipótese legal para a aplicação dessa sanção faz menção expressa ao parágrafo único do art. 19 da Lei 8.443/92 que, por sua vez, exige seja comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16 da Lei Orgânica, que tratam de condutas (atos de gestão) que somente podem ser praticadas por quem é gestor, ou seja, por quem era responsável por gerir a coisa pública.

Conclui-se assim, pelo acerto da proposta de reconhecer como indevido o recolhimento do valor pago antecipadamente pelo Sr. Khalil Mikhail Malouf a título de multa.

Em relação aos juros de mora, deixo de acolher a proposta do Parquet, por entender não ser possível a aplicação, por analogia, do art. 12, § 2º, da Lei 8.443/92.

Cumprido ressaltar que o Tribunal já havia decidido, em incidente de uniformização de jurisprudência, por intermédio do Acórdão 1.180/2010-TCU-Plenário, que o ex-proprietário responderia pelo débito, solidariamente com os ex-gestores, se restasse comprovado que houve má-fé no procedimento de avaliação do valor do imóvel, ou em falsidade do título de propriedade ou de qualquer outro comprovante que suportou o pagamento da indenização.

Nos autos, restou comprovada a ocorrência de todos esses requisitos, mormente em relação à inidoneidade da documentação que amparou o pagamento da indenização em tela.

Em 29/12/87 o Sr. Khalil Mikhail Malouf solicitou ser indenizado por desapropriação indireta havida em imóvel próprio e, como comprovação da titularidade do terreno, foi apresentada

certidão datada de 12/11/76, relativa ao imóvel matriculado sob nº 2.448, fl. 262, livro 2-E, em 12/11/76.

É importante destacar o fato de ter sido apresentada – e aceita – certidão emitida em 1976, ou seja, expedida havia mais de onze anos, e não certidão atualizada, da época do requerimento, efetuado em dezembro de 1987.

Houvesse sido apresentada certidão atualizada do referido imóvel, dela teria constado o fato de que esse imóvel, matriculado sob o nº 2.448, havia sido objeto de desapropriação e indenização naquele mesmo ano de 1987, conforme escritura pública de 2/10/87, lavrada no Cartório do 6º Ofício, que registra o pagamento de CZ\$ 1.321.062,00, por meio da Ordem Bancária 87OB001155-X, pela desapropriação de 600 m² efetuada pelo DNER.

Vale dizer, pouco menos de três meses após ser indenizado pela desapropriação de 600m² do imóvel matriculado sob nº 2.448, o ex-proprietário solicitou nova indenização referente ao mesmo imóvel, apresentando, para tanto, certidão que omitia informação a respeito da desapropriação e indenização recém realizadas e que eram, por óbvio, de seu conhecimento.

Citado em razão da irregularidade apontada, o Senhor Khalil Mikhail Malouf alegou que *“ocorreram duas desapropriações distintas, em dois imóveis distintos, ambos de sua propriedade”*. Admitiu, em sede de alegações de defesa, que *“o imóvel descrito no requerimento administrativo do autor não é o mesmo de onde foi feito o desmembramento da área. Por equívoco, no momento da Lavratura da Escritura constou o imóvel matriculado sob o nº 2.448 perante o Segundo Ofício da Capital, que já havia sido objeto de desapropriação”* (fl. 4, anexo 2). Asseverou, ainda, que *“na verdade deveria constar na escritura de desapropriação o imóvel matriculado sob o nº 49.155”* (fl. 40, anexo 2).

Não prosperam, porém, os argumentos apresentados.

Consoante o documento à fl. 40 do antigo anexo 2 (atual p. 43, peça 14), o imóvel em questão situa-se no loteamento Jardim Petrópolis e diz respeito a dois terrenos, um *“medindo 17,00 metros de frente para a Rua Barão do Rio Branco; 20,50 metros de largura nos fundos confinando com a Rua ‘G’; 38,00 metros do lado direito, confinando com propriedade de Nascimento Souza Nery e 34,00 metros do lado esquerdo, confinando com Heronides Araújo”*, o outro *“medindo 12,50 metros de frente para a Rua Barão do Rio Branco, 12,50 metros de largura nos fundos para Rua ‘G’, 33,00 metros do lado esquerdo confinando com propriedade de Nascimento Souza Nery e 33,00 metros do lado direito confinando com o Posto Coxipó”*.

Verifica-se, assim, que o imóvel registrado na matrícula 49.155, de propriedade do responsável, não possui qualquer fronteira com a Av. Fernando Corrêa (nome conferido à BR-364 na zona urbana de Cuiabá), não sendo materialmente possível que esse imóvel tivesse sido desapropriado pelo DNER na implantação da BR-364.

Há, ainda, ofício do Tabelião Substituto do 5º Serviço Notarial e Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição Imobiliária da Comarca de Cuiabá, Sr. João Gomes Rondon, que sustenta, em sentido diverso, ter havido duas desapropriações do mesmo imóvel, sendo uma do lado direito da Avenida Fernando Corrêa e outra do lado esquerdo, consoante se depreende do trecho transcrito a seguir (peça 14, p. 45/7):

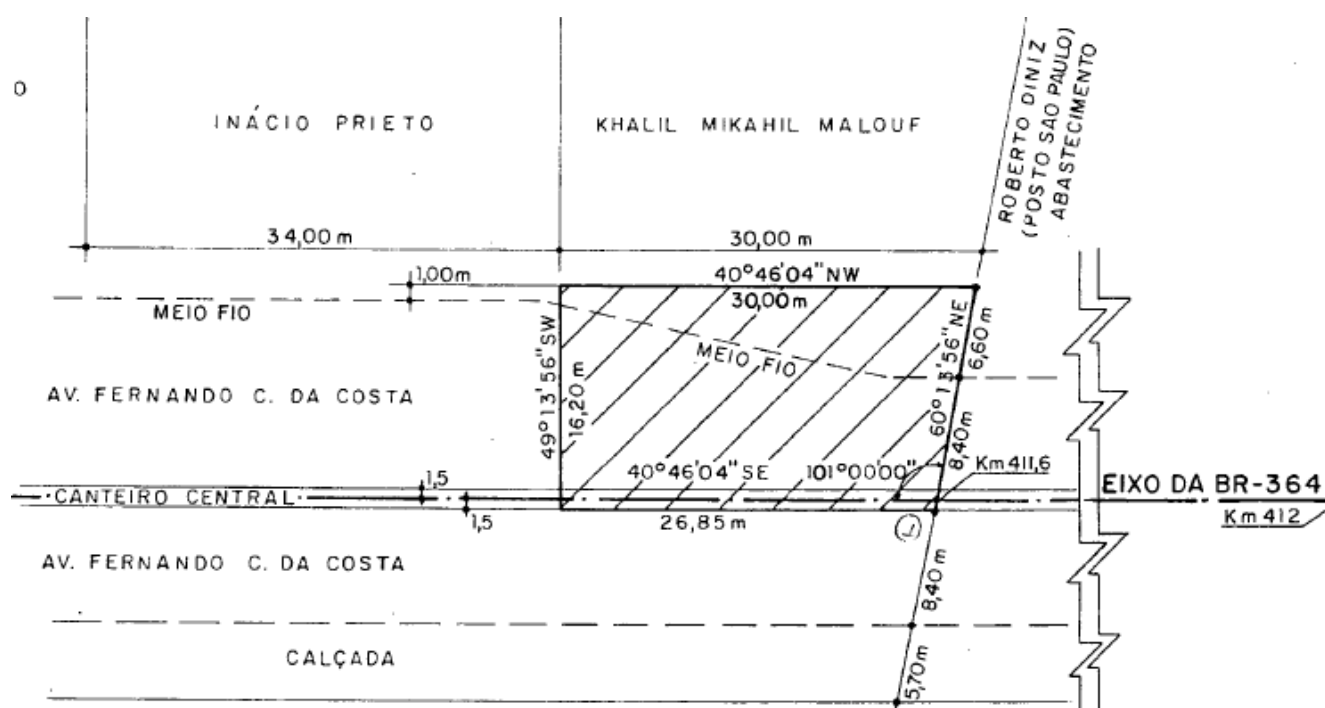
*“(...) não houve desapropriação registrada neste Cartório da mesma área, e sim duas desapropriações, a primeira, juntamos cópia da escritura que a originou, lavrada às fls. 13 do livro no 156, em 2.10.87, no Cartório do 6º Ofício de Cuiabá, foi efetuada Com base no decreto nº 641 de 3.8.77 da Prefeitura Municipal de Cuiabá, e registrada na matrícula nº 37.104/1988, onde consta tratou-se de **área do lado direito da Avenida Fernando Corrêa**, no sentido Areão - Cidade Universitária, com 600m², a segunda, juntamos cópia da escritura que a originou, lavrada às fls. 1867/87 do livro nº 36 em 16.9.93, no Cartório do 2º Ofício de Várzea Grande/MT, foi efetuada com*

base na Portaria nº 005/DES, datada de 01.2.74, e registrada na matrícula nº 48.914/1994, onde consta tratar-se de **área do lado esquerdo no sentido oposto a primeira**, evidenciando esta tratar-se da 2ª Pista e a outra desapropriação, tratar-se da 1ª Pista ou Pista antiga”.

Tampouco merecem prosperar essas alegações, uma vez que o terreno em tela situa-se em apenas um dos lados da BR-364/Av. Fernando Corrêa, consoante descrições constantes das escrituras e dos registros de imóveis constantes dos autos, a exemplo da escritura constante da peça 15, p. 43/7:

“(…) imóvel situado na Av. Fernando Corrêa, no Município e comarca de Cuiabá neste Estado, na situação indicada na Planta que fica fazendo parte integrante desta escritura (...) cujo terreno tem as seguintes dimensões, confrontantes e confrontações e área total: lote desmembrado do imóvel situado na dita avenida, medindo 40 metros de frente para a referida rodovia; 40,625 m nos fundos até confinar com o imóvel de propriedade do Sr. Miguel C.O. Melo, seus sucessores ou quem de direito; 350 m de ambos os lados; do lado confinando com o lote reservado para Olga S.P. de Castro e com o da casa; área total: 14.109,38 m²”.

Não bastassem essas inconsistências, o Laudo de Avaliação (peça 2, p. 20), a planta do imóvel (peça 2, p. 41), parte integrante da escritura de desapropriação (peça 2, p. 28/33) e a própria escritura descrevem terreno a ser desapropriado absolutamente incompatível com a geometria, de ambos os imóveis mencionados no processo, como se depreende da imagem seguinte:



Basta ver que o suposto terreno a ser desapropriado possui um formato trapezoidal, com um limite original com a BR 364 de 26,85m e, após a desapropriação, de 30m. Nada tendo a ver nem com o imóvel de matrícula 2.448, de formato retangular e com fronteira de 40m com a rodovia, nem com o de matrícula 49.155 que sequer faz fronteira com a pista.

Cabe registrar, ainda, que a simples inspeção da planta acima evidencia que a área a ser desapropriada seria de 460,49 m², não de 500 m² como foi calculado (área de um trapézio = $[30,0 + 26,85] * 16,20 / 2 = 460,49 \text{ m}^2$).

Essas tantas falhas na documentação que deu suporte ao pagamento da indenização já seriam bastantes para impedir a aplicação do art. 12, § 2º, da Lei 8.443/92, como proposto pelo Ministério Público.

De fato, a par do reconhecimento da boa-fé, o saneamento dos autos com o recolhimento do débito, sem a incidência de juros de mora, somente é possível se não houver outras irregularidades, o que não é o caso dos autos.

E não bastassem as impropriedades já apontadas, a Unidade Técnica já havia concluído que o processo administrativo de desapropriação não respeitara os comandos constitucionais, os princípios jurídicos cabíveis e as regras aplicáveis, requisitos indispensáveis para a possibilidade de ocorrer o pagamento por iniciativa da administração.

Os gestores foram citados para responder pelo débito em razão de diversas falhas, a saber:

- a) indícios de pagamento em duplicidade, visto que a propriedade constante na escritura pública de desapropriação de imóvel, matriculada sob o nº 2.448, já havia sido objeto de desapropriação em 1987, conforme escritura pública de 2/10/87, lavrada no Cartório do 6º Ofício, que registra o pagamento de CZ\$ 1.321.062,00, por meio da Ordem Bancária 87OB001155-X;*
- b) prova de propriedade do imóvel com escritura desatualizada, em desacordo com o art. 17 do Decreto-Lei 512/1969;*
- c) não comprovação de depósito judicial da indenização em infringência ao art. 18 do Decreto-Lei 512/1969;*
- d) seleção de processos para pagamento prioritário, sem qualquer critério e objetivos claros;*
- e) irregularidade no cálculo da avaliação do imóvel desapropriado, visto que a avaliação foi feita por critérios subjetivos, a partir da opinião pessoal de corretores de imóveis e não através da utilização de dados de vendas efetuadas, em inobservância à exigência de idoneidade das fontes de informação nas avaliações ao nível de rigor normal, conforme prescreve a NBR 5676 (títulos IX e X).*

As razões apresentadas pelos gestores foram detidamente analisadas na instrução fls. 499/510 (atual peça 11, p. 77/88), integralmente reproduzida no Relatório que acompanhou o voto condutor do Acórdão 6.453/2011-TCU-1ª Câmara, e que, na ocasião, foram adotadas como razão de decidir.

Considerando a percuente instrução emitida pela Unidade Técnica, que analisou com desvelo todos os pontos argumentados pelos responsáveis, incorporo às minhas presentes razões de decidir, na íntegra, o exame então efetuado pela Secex/MT.

Apenas para bem ressaltar a gravidade das irregularidades, reproduzo trecho em que são analisadas as questões referentes aos itens “d” e “e” anteriores:

“3.11. Referente à seleção de processos para pagamento prioritário, sem qualquer critério e objetivos claros, observa-se que à época da auditoria realizada por este Tribunal, o Sr. Gilton Andrade se manifestou em relação à matéria informando que (fls. 24, 39-40):

(...) em razão do volume de processos a indenizar ser grande e os recursos repassados pela Procuradoria serem poucos, não há como se adotar um critério nas vezes em que na Procuradoria-Geral repassávamos recursos para efetuarmos a desapropriação. Nas mais das vezes esses processos já eram indicados pela própria Procuradoria-Geral antes de repassar-nos os recursos.

3.12. No contexto dos presentes autos, o fato acima revela que o agente priorizava os pagamentos (aos beneficiários) que melhor lhe conviesse (inobservância ao princípio da impessoalidade). Destarte, as alegações de defesa quanto a esse ponto da citação também não devem ser acolhidas por este Tribunal.

3.13. Em relação à avaliação de preço do imóvel, consta do relatório de auditoria que ensejou esta TCE (e outras que tramitam no âmbito deste Tribunal) que apesar do laudo (de avaliação da área) ser de responsabilidade de técnico do Dner, as avaliações eram solicitadas a corretoras diretamente pelo próprio Gilton A. Santos, conforme podia se deduzir das inúmeras respostas às

solicitações a ele encaminhadas. Tal fato foi confirmado pelo depoimento do próprio Procurador para a Comissão de Sindicância instituída pela Portaria nº 328, de 08/09/99, no caso de desapropriação de áreas da Colonizadora Sinop (TC 014.513/1999-4). Assim, concluiu-se que o trabalho do técnico (responsável pelo laudo) era de mero cálculo sobre os valores fornecidos por aquele procurador.

3.14. No presente caso, o laudo às fls. 69-74 (sem assinatura do técnico responsável) calcula o valor médio por m² na região com base em seis pesquisas, mas não menciona a fonte dos preços levantados. Infere-se, portanto, que assim como constatado pela equipe de auditoria (vide item anterior), no caso da desapropriação em exame, os valores podem ter sido fornecidos pelo Sr. Gilton Andrade. Portanto, sua responsabilidade não pode ser afastada quanto à ocorrência de que trata a letra 'e' da citação."

Resta evidente a impossibilidade de reconhecer a boa-fé dos gestores, ante a natureza e gravidade das irregularidades apuradas nos autos, de forma que o pagamento integral do débito, antecipadamente, por parte do ex-proprietário, não permite o afastamento dos juros de mora em relação ao principal, juros esses que integram o montante total da dívida pela qual todos responderiam em solidariedade, gestores e terceiro indenizado.

A dívida inclui os juros de mora, não havendo possibilidade jurídica de não incidência desses juros, a depender de qual dos responsáveis solidários efetua o pagamento, seja um dos ex-gestores, seja o terceiro beneficiado.

É certo que qualquer dos gestores, se quitasse a dívida, o faria com o pagamento de juros de mora, tanto pela inexistência de boa-fé, como pela existência de diversas irregularidades, o que impediria o saneamento do processo apenas com o recolhimento do débito corrigido monetariamente. Por consequência, o terceiro beneficiado, que contribuiu para o cometimento do dano, responde solidariamente por essa dívida, que naturalmente inclui os juros de mora.

Basta ver que se gestor e terceiro resolvessem ambos pagar o débito pelos quais respondem em solidariedade, o primeiro teria que pagar juros de mora nas parcelas a seu cargo, ao passo que o segundo pagaria apenas o valor corrigido monetariamente, o que é verdadeiro contrassenso.

Por essas razões, deixo de acolher a proposta do Ministério Público em relação à devolução do montante equivalente aos juros de mora.

Por fim, faz-se necessário reconhecer a existência de crédito em favor do Sr. Khalil Mikhail Malouf decorrente do recolhimento superior ao montante efetivamente devido, conforme demonstrativo constante da peça 93, bem como decorrente do recolhimento de multa não efetivamente aplicada.

Ante o exposto, voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de março de 2015.

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Relator