

GRUPO I – CLASSE I – Plenário.

TC 001.025/1998-8 [Aposos: TC 006.907/2002-4, TC 006.906/2002-7, TC 008.817/2000-8, TC 007.506/1999-6, TC 006.909/2002-9, TC 006.910/2002-0, TC 700.214/1998-4, TC 006.905/2002-0, TC 006.908/2002-1, TC 005.005/1998-1, TC 010.342/2007-8, TC 001.838/1998-9, TC 003.858/1999-5]

Natureza: Recurso de revisão (Tomada de Contas Especial).

Órgão/Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região/SP

Responsáveis: Antonio Carlos da Gama e Silva (656.554.008-04); Délvio Buffulin (018.559.808-00); Fábio Monteiro de Barros Filho (895.904.738-49); Gilberto Morand Paixão (005.156.717-20); Grupo Ok Construções e Empreendimentos Ltda. (24.934.309/0001-17); José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz (044.497.478-44); Luiz Estevão de Oliveira Neto (010.948.581-53); Nicolau dos Santos Netto (022.663.348-91); Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região/SP (03.241.738/0001-39).

Interessados: Délvio Buffulin (018.559.808-00); Incal Incorporações Sa (67.491.654/0001-36); MPF (26.989.715/0050-90); Nicolau dos Santos Netto (022.663.348-91); Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região/SP (03.241.738/0001-39).

Representação legal: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (6.546/OAB-DF) e outros, representando Grupo Ok Construções e Empreendimentos Ltda.

SUMÁRIO: OBRAS DE CONSTRUÇÃO DO FÓRUM TRABALHISTA DE SÃO PAULO. RECURSOS DE REVISÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS INTERPOSTOS PELO GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S/A E PELA EMPRESA INCAL INCORPORAÇÕES S/A. CONTRA O ACÓRDÃO 1.6312001 - PLENÁRIO, PARCIALMENTE ALTERADO PELOS ACÓRDÃOS 301/2001 E 50//2002 E MANTIDO PELO ACÓRDÃO 158/2002, TODOS DO PLENÁRIO. PAGAMENTOS SEM DEVIDA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O CRONOGRAMA FÍSICO E O CRONOGRAMA FINANCEIRO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COM A EMPRESA CONSTRUTORA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. ANÁLISE DOS ASPECTOS RELACIONADOS À QUANTIFICAÇÃO DO DANO REALIZADO PELA SECRETARIA DE FISCALIZAÇÃO DE OBRAS – SECOP. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DO RECURSO INTERPOSTO PELA INCAL INCORPORAÇÕES S/A. DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DO RECURSO DE REVISÃO INTERPOSTO PELA INCAL INCORPORAÇÕES S/A. CONHECIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO GRUPO OK CONSTRUÇÕES S/A. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Examinam-se nesta fase processual: (a) recursos de revisão interpostos pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A, em 26/3/2007 (petição à peça 82, fls. 1/133 do Anexo 1 e documentos anexos nas folhas seguintes, peças 82/87), e pela empresa Incal Incorporações S/A, em 18/5/2007 (peça 88, fls. 1/11), contra o Acórdão nº 163/2001 – Plenário (Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha; Redator: Ministro Walton Alencar Rodrigues); e (b) pedido de realização de perícia formulado em 15/4/2019 pelo Grupo OK, na petição de peça 108, fls. 1/10.

2. Transcrevo a seguir o Acórdão 163/2001 – Plenário, nos termos em que foi originalmente prolatado em 11/7/2001 (peça 5, fls. 1.171/1.175 do Volume Principal):

“[...]

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Tomada de Contas Especial decorrente da conversão do Relatório de Auditoria realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em São Paulo (alínea "c" do Acórdão nº 045/99), o qual objetivava verificar a compatibilização entre os cronogramas físico e financeiro das obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, e

Considerando que ficou demonstrada a existência de vícios de origem, relacionados à forma de contratação do objeto pactuado, sendo indevidamente caracterizado o contrato como de entrega de coisa pronta e acabada, em detrimento do contrato de obra pública que se fazia apropriado à espécie;

Considerando que, desde o erro inicial, a execução da obra deixou de obedecer aos princípios basilares da administração pública, máxime no que concerne à etapa de liquidação da despesa, sendo efetuados diversos pagamentos sem que houvesse, concomitantemente, a efetiva contraprestação de serviços;

Considerando que a liberação de recursos financeiros não guardou compatibilidade com o cronograma de execução física das obras;

*Considerando que a redução no ritmo das obras não pode ser tido, **in casu**, como fator que dê ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, posto que não restaram demonstrados os prejuízos que o justificassem;*

Considerando estar devidamente demonstrada a responsabilidade do Sr. Nicolau dos Santos Neto, presidente do TRT/SP, quando publicou o Edital de Concorrência nº 01/92, ensejando uma série de irregularidades causadoras de vultoso prejuízo ao erário;

Considerando que foi definido como objeto do procedimento licitatório a "aquisição de imóvel pronto, em conclusão ou a construir", quando todas as suas características apontavam na direção de uma "obra de engenharia";

Considerando que a natureza genérica do objeto licitado restringiu o caráter isonômico da licitação;

Considerando a ausência de projeto básico de engenharia, em desacordo ao disposto no art. 6º do Decreto-lei nº 2.300/86;

Considerando que o objeto da licitação foi adjudicado à empresa estranha ao certame licitatório; contrariando o disposto no art. 40 do Decreto-lei nº 2.300/86;

Considerando a inclusão, no contrato assinado com a Incal Incorporações S.A., de cláusulas que beneficiam a contratada em detrimento da administração;

Considerando a realização de adiantamentos, antes mesmo da assinatura o contrato, e pagamentos de parcelas sem a devida contraprestação de serviços, agravando o desequilíbrio do cronograma físico-financeiro;

Considerando que o Sr. Nicolau dos Santos Neto, enquanto Presidente da Comissão de Construção do Fórum Trabalhista, participou, em todo decorrer da obra, de solicitações de aditamentos contratuais e de verbas para pagamentos à contratada;

Considerando que os Srs. Délvio Buffulin (ex-Presidente do TRT/SP) e Nicolau dos Santos Neto (ex-Presidente do TRT/SP e da Comissão de Construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo) eram conhecedores do descompasso existente entre a execução física e financeira das obras, consoante demonstram, à sociedade, os elementos constantes dos autos;

Considerando que, mesmo detendo esse conhecimento, os Srs. Délvio Buffulin e Nicolau dos Santos Neto continuaram autorizando a realização de novos pagamentos, bem assim solicitando e assinando novos aditivos contratuais, inclusive restabelecendo um suposto equilíbrio financeiro alegado pela firma Incal Incorporações S. A, dando, por conseguinte, causa e continuidade ao prejuízo sofrido pelo Erário;

Considerando que o Sr. Délvio Buffulin, além de deixar de adotar as providências de sua alçada, consistentes na aplicação de multas contratuais e suspensão dos pagamentos destinados à firma Incal Incorporações S. A., até que houvesse a necessária compatibilização entre os cronogramas físico e financeiro das obras, não atendeu integralmente à determinação constante da Decisão nº 231/96 - TCU - Plenário, no que tange ao cumprimento dos ditames da Lei nº 8.666/93;

Considerando que não procedem as alegações da empresa Incal Incorporações S. A., no sentido de que a incompatibilidade entre o cronograma físico e o financeiro seria apenas aparente, provocada pelo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

Considerando que não existem motivos ensejadores de revisão contratual em decorrência da criação de impostos ou tributos, contrariamente ao que alegava a Incal Incorporações S. A.;

Considerando que a Incal Incorporações S.A., na condição de empresa contratada para a construção do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo, apresentava falsas posições sobre a execução do ajuste, de sorte a desviar parte significativa dos recursos públicos federais que a ela eram pagos como contrapartida aos supostos serviços prestados;

*Considerando que a Incal Incorporações S.A. concorreu diretamente para o desvio de recursos públicos federais, na medida em que foi verificado o descompasso existente entre os valores pagos àquela empresa e o **quantum** apurado a título de custo de reprodução das etapas de execução da obra de construção do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo, conforme trabalho de auditoria conduzido pela SECEX/SP, por força do comando expedido no item "d" do Acórdão nº 045/99, Sessão Plenária de 05/05/99 (DO de 19/05/1999, Ata nº 16/99);*

Considerando que, não obstante haver se beneficiado desde o início da avença, no tocante às parcelas recebidas pela contratada sem que houvesse, na totalidade, a efetiva contraprestação da sua parte, a Incal Incorporações S.A. ainda reivindicou a formalização de termo aditivo orientado para o "reequilíbrio econômico financeiro do contrato";

Considerando que o Grupo OK Construções e Incorporações S/ A, regularmente citado, por seu representante legal, Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, apresentou as suas alegações de defesa, que não lograram sanear os questionamentos relativos às irregularidades verificadas na obra da construção do Fórum Trabalhista de São Paulo;

Considerando que a CPI do Judiciário demonstrou de forma exaustiva a sociedade de fato estabelecida entre o Grupo OK e o Grupo Monteiro de Barros, tendo em vista a transferência de volumosos recursos pelas empresas do Grupo Monteiro de Barros às empresas do Grupo OK, sem razão justificada;

Considerando que a CPI do Judiciário concluiu pela responsabilização do Grupo OK, representada pelo Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, por atos lesivos ao patrimônio público e por enriquecimento ilícito;

Considerando que a causa da cassação do mandato do então Senador Luiz Estevão de Oliveira Neto tem relação direta com os acontecimentos apontados pela CPI do Judiciário,

envolvendo o relacionamento entre os Grupos OK e Monteiro de Barros no concernente às irregularidades apuradas na obra de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo;

Considerando que o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra as empresas do Grupo OK e de seu representante legal, Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, tendo como objeto os danos causados ao patrimônio público em face dos desvios de recursos destinados à construção do Fórum Trabalhista de São Paulo para as suas empresas, em conluio com o Grupo Monteiro de Barros, tendo obtido êxito na decretação da indisponibilidade dos seus bens, inclusive na segunda instância;

Considerando que a responsabilidade solidária do engenheiro Antônio Carlos da Gama e Silva, contratado pelo TRT/SP com a atribuição específica de acompanhar a obra, é decorrente da emissão de relatórios, de sua autoria, os quais propiciaram liberação indevida de recursos à contratada, baseada em medições por ele apresentadas que não se mostraram condizentes com o real andamento da construção;

Considerando que o engenheiro Antônio Carlos da Gama e Silva não alertou a Administração acerca das irregularidades que vinham sendo praticadas;

Considerando que, mesmo após de terem sido oferecidas por este Tribunal todas as oportunidades de defesa, o engenheiro Antônio Carlos da Gama e Silva permaneceu silente, não atendendo a qualquer citação que lhe foi dirigida, caracterizando, assim, sua revelia (§ 3º do art. 12 da Lei nº 8.443/92);

Considerando que o engenheiro Gilberto Morand Paixão passou a fazer parte da relação processual a partir das apurações verificadas por intermédio da inspeção determinada pela Decisão nº 045/99 - TCU - Plenário, prolatada no presente processo em Sessão de 05/05/1999;

Considerando que, em cumprimento à aludida Decisão nº 045/99 - TCU - Plenário, o referido profissional foi citado para apresentar alegações de defesa, ou, em solidariedade, promover o recolhimento da quantia de R\$ 13.207.054,28 (treze milhões, duzentos e sete mil, cinquenta e quatro reais e vinte e oito centavos) aos cofres do Tesouro Nacional, sendo que igual chamamento foi-lhe dirigido por força da Decisão nº 591/2000 -TCU - Plenário, prolatada no TC-700.115/96-0 em Sessão realizada em 02/08/2000;

Considerando que, em atendimento a ambas as citações, o Sr. Gilberto Morand Paixão juntou aos autos alegações de defesa acompanhadas de documentos correspondentes, neles incluída uma fita de vídeo referente ao seu depoimento junto à Comissão Parlamentar de Inquérito do Judiciário;

Considerando que o referido interessado, à data de 07/05/2001, por meio de procuradores legalmente constituídos, solicitou e obteve vista dos autos e cópia de peças processuais de seu interesse;

Considerando que, em consequência, trouxe ao processo elementos adicionais de defesa, consistentes em laudo de exame grafotécnico e argumentação complementar que excluem sua responsabilidade destes autos;

Considerando que o Parecer Técnico elaborado pelo engenheiro Gilberto Morand Paixão foi expedido em momento no qual já havia a manifesta intenção de o TRT-2ª Região atender o pleito formulado pela Incal Incorporações S.A., pertinente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

Considerando que o referido Parecer não foi o elemento indutor decisivo para o entendimento que resultou na celebração do compromisso de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

Considerando, todavia, que nas medições técnicas subscritas pelo citado profissional foram lançados certos itens de execução, não comprovados posteriormente nos trabalhos de fiscalização empreendidos pelo TCU e pelo TRT-2ª Região;

Considerando que tais medições não chegaram a ensejar pagamentos à firma contratada, uma vez que sobrestados por força de acontecimentos supervenientes;

Considerando que o prejuízo causado aos cofres públicos pelo descompasso entre a execução física e a financeira, é da ordem de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinquenta e um reais e quinze centavos);

Considerando que não está configurada nos autos a boa-fé dos responsáveis pelo débito {Decisão Normativa nº 35, de 22 de novembro de 2000}, e que aos mesmos foi dada ampla oportunidade de defesa, por intermédio das citações a eles dirigidas;

Considerando que os Srs. Nicolau dos Santos Neto e Délvio Buffulin, na condição de responsáveis que praticaram atos de gestão ilegítimos e antieconômicos de que resultou injustificado dano ao Erário, já foram apenados em processo de fiscalização com a multa prevista no artigo 58, III, da Lei nº 8.443/92, arbitrada no valor de R\$ 17.560,20 (dezessete mil, quinhentos e sessenta reais e vinte centavos);

Considerando que, nos termos dos artigos 1º, inciso I, 5º, incisos I e II, da Lei nº 8.443/92, os demais responsáveis arrolados nestes autos estão sujeitos à competência e jurisdição do Tribunal de Contas da União;

Considerando que, na forma do art. 218 da Lei nº 8.443/92, o Tribunal de Contas da União poderá aplicar aos administradores ou responsáveis que lhe são jurisdicionados as sanções prescritas no Título V, Capítulo I, da mesma Lei;

Considerando ainda a relutância do TRT/2ª Região em promover a nulidade do contrato, conforme determinado pelo TCU (alínea "f" do Acórdão n.º 45/99-Plenário, retificada, em parte, pela alínea "b" do Acórdão n.º 298/2000-Plenário);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ao acolher as conclusões do Relator, em:

8.1 com fulcro nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "c" e "d", da Lei 8.443/92, c/c os artigos 19, caput, e 23, inciso III, da mesma Lei, julgar irregulares as contas dos Srs. Délvio Buffulin (ex-Presidente do TRT/SP); Nicolau dos Santos Neto (ex-Presidente do TRT/SP); da Empresa Incal Incorporações S.A., na pessoa de seus representantes legais, Srs. Fábio Monteiro de Barros Filho (Diretor-Presidente) e José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz (Diretor Vice-Presidente); do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, e do Sr. Antônio Carlos da Gama e Silva (engenheiro), condenando-os solidariamente ao pagamento da quantia original de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinquenta e um reais e quinze centavos), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (artigo 165, III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento do valor do débito aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente e acrescido dos consectários legais devidos; na forma da legislação em vigor, calculados a partir de 01.05.1999, até a data do efetivo recolhimento;

8.2 - aplicar às empresas e aos responsáveis a seguir indicados, individualmente, a multa prevista no artigo 57 da Lei 8.443/92, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem perante o Tribunal, o recolhimento das quantias, a seguir discriminadas, aos cofres do Tesouro Nacional:

8.2.1 Incal Incorporações S.A. (representada pelos Srs. Fábio Monteiro de Barros Filho, Diretor-Presidente e José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz, Diretor Vice-Presidente). Valor: R\$ 10.000.000,00 - (dez milhões de reais);

8.2.2 Grupo OK Construções e Incorporações S.A. (representado pelo Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, Diretor Superintendente). Valor: R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); e

8.2.3 Sr. Nicolau dos Santos Neto. Valor: R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

8.2.4 - Sr. Délvio Buffulin. Valor: R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

8.2.5 - Antonio Carlos -da Gama e Silva (engenheiro). Valor: R\$ 17.560,20 (dezessete mil, quinhentos e sessenta reais e vinte centavos);

8.3 - tornar insubsistentes as alíneas "a" e "b" do Acórdão n° 045/1999 - Plenário, aprovado na Sessão Ordinária realizada em 05.05.1999 (TC-001.025/1998-8);

8.4 - acolher as alegações de defesa do Sr. Gilberto Morand Paixão (engenheiro), excluindo-se sua responsabilidade destes autos;

8.5 - autorizar, desde logo, caso não atendidas as respectivas notificações, a cobrança judicial das dívidas (itens 8.1, 8.2 e 8.3 pregressos);

8.6 - comunicar ao Congresso Nacional, tendo em vista a competência que lhe é conferida nos termos do § 1º do art. 71 da Constituição Federal, a relutância do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em promover a nulidade do contrato celebrado com a Incal Incorporações S/ A, conforme determinação contida na alínea "f" do Acórdão n.º 45/99-TCU-Plenário, retificada, em parte, pela alínea "b" do Acórdão n.º 298/2000-TCU-Plenário; e

8.7 - autorizar a remessa de cópia destes autos, bem como do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, ao Ministério Público da União, com base no art. 16, § 3º, da Lei n° 8.443/92, para adoção das medidas de sua competência que entenda pertinentes.

[...]"

3. O Acórdão 163/2001 – Plenário foi parcialmente modificado mediante o Acórdão 301/2001, exarado na sessão de 05/12/2001 do Plenário, conforme transcrito a seguir (peça 51, fls. 345/346):

“[...]

8.1 - não conhecer os Recursos de Reconsideração interpostos pelos Srs. Luiz Estêvão de Oliveira Neto e Fábio Monteiro de Barros Filho por não atenderem aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 33 da Lei n° 8.443/92;

8.2 - conhecer dos Recursos de Reconsideração dos Srs. Antonio Carlos da Gama e Silva, Nicolau dos Santos Neto e Délvio Buffulin, bem como os da Incal Incorporações S.A. e Grupo OK Incorporações S.A., com fulcro nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei n° 8.443/92, para, no mérito, negar-lhes provimento, à exceção do recurso do Sr. Délvio Buffulin, ao qual deve ser dado provimento parcial, no sentido de conferir aos itens 8.1 e 8.2.4 do Acórdão n° 163/2001-TCU-Plenário a seguinte redação:

"8.1 — com fulcro nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas 'c' e 'd, da Lei n° 8.443/92, c/c os artigos 19, caput, e 23, inciso III, da mesma Lei, julgar irregulares as contas dos Srs. Délvio Buffulin (ex-Presidente do TRT/SP); Nicolau dos Santos Neto (ex-Presidente do TRT/SP); da Empresa Incal Incorporações S.A., na pessoa de seus representantes legais, Srs. Fábio Monteiro de Barros Filho (Diretor-Presidente) e José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz (Diretor Vice-Presidente); do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor-Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estêvão de Oliveira Neto, e do Sr. Antônio Carlos da Gama e Silva (engenheiro), condenando-os solidariamente ao pagamento da quantia original de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinquenta e um reais e quinze centavos), à exceção do Sr. Délvio Buffulin, cujo débito solidário é no valor de R\$ 59.243.848,77 (cinquenta e nove milhões, duzentos e quarenta e três mil, oitocentos e quarenta e oito reais e setenta e sete centavos), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (artigo 165, III, alínea 'a, do Regimento Interno), o recolhimento do valor do débito aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente e acrescido dos encargos legais devidos, na forma da legislação em vigor, calculados a partir de 01.05.1999, até a data do efetivo recolhimento;

8.2.4 - Sr. Délvio Buffulin, a multa no valor de R\$ 349.538,70 (trezentos e quarenta e nove mil, quinhentos e trinta e oito reais e setenta centavos)";

8.3 - manter todos os demais termos do Acórdão recorrido;

8.4 - enviar cópia do presente Acórdão, bem assim do Relatório e Voto que o fundamentam, aos recorrentes, ao Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, à Procuradora-Chefe da Procuradoria da República no S Estado de São Paulo e ao Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

[...]”.

4. Posteriormente, os Acórdãos 163/2001 e 301/2001 também foram parcialmente modificados pelo Acórdão 050/2002 – Plenário, de 06/03/2002, exarado nos seguintes termos (peça 56, fls. 33/35):

“[...]

8.1 - conhecer dos Embargos de Declaração opostos pelos Srs. Antônio Carlos da Gama e Silva, Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin, Luiz Estevão de Oliveira Neto, Fábio Monteiro de Barros Filho, bem como pelo Grupo OK Construções e Incorporações S.A. e pela Empresa Inca! Incorporações S.A., por atenderem aos requisitos de admissibilidade (legitimidade, singularidade, interesse em recorrer e adequação), para, no mérito:

8.1.a - negar provimento aos embargos opostos pelos Srs. Antonio Carlos da Gama e Silva, Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin, pelo Grupo OK Construções e Incorporações S.A. e pela Inca! Incorporações S.A.;

8.1.b - dar provimento parcial aos embargos opostos pelos Srs. Luiz Estevão de Oliveira Neto e Fábio Monteiro de Barros Filho, tornando insubsistente o subitem 8.1. do Acórdão nº 301/2001-TCUPlenário, e reformando a redação do subitem 8.2. do mesmo decisum, que passa a ser registrado como se segue:

‘8.2 - conhecer dos Recursos de Reconsideração dos Srs. Antonio Carlos da Gama e Silva, Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin, Luiz Estevão de Oliveira Neto e Fábio Monteiro de Barros Filho, bem como os da Inca! Incorporações S.A. e do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., com fulcro nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhes provimento, à exceção do recurso do Sr. Délvio Buffulin, ao qual deve ser dado provimento parcial, no sentido de conferir aos itens 8.1 e 8.2.4 do Acórdão nº 163/2001-TCU-Plenário a seguinte redação:

‘8.1 - com fulcro nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘e’ e ‘d’, da Lei nº 8.443/92, e os artigos 19, caput, e 23, inciso III, da mesma Lei, julgar irregulares as contas dos Srs. Délvio Buffulin (ex-Presidente do TRT/SP); Nicolau dos Santos Neto (ex-Presidente do TRTISP); da Empresa Inca! Incorporações S.A., na pessoa de seus representantes legais, Srs. Fábio Monteiro de Barros Filho (Diretor-Presidente) e José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz (Diretor Vice-Presidente); do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor-Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, e do Sr. Antônio Carlos da Gama e Silva (engenheiro), condenando-os solidariamente ao pagamento da quantia original de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinquenta e um reais e quinze centavos), à exceção do Sr. Délvio Buffulin, cujo débito solidário é no valor de R\$ 59.243.848,77 (cinquenta e nove milhões, duzentos e quarenta e três mil, oitocentos e quarenta e oito reais e setenta e sete centavos), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (artigo 165, III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento do valor do débito aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente e acrescido dos encargos legais devidos, na forma da legislação em vigor, calculados a partir de 01.05.1999, até a data do efetivo recolhimento;

8.2.4 - Sr. Délvio Buffulin, a multa no valor de R\$ 349.538,70 (trezentos e quarenta e nove mil, quinhentos e trinta e oito reais e setenta centavos)’.

8.2 - manter todos os demais termos do Acórdão recorrido.”

[...]”.

5. No exame de admissibilidade do Recurso de Revisão interposto pela Incal Incorporações S/A contra o Acórdão nº 163/2001 – Plenário, a Secretaria de Recursos deste Tribunal (Serur) propôs o não conhecimento desse recurso, conforme parecer elaborado em 1/6/2007, transcrito a seguir, **in verbis** (peça 88, fls. 12/14 do anexo 6):

“[...]”

Tratam-se os autos de Tomada de Contas Especial decorrente da conversão do Relatório de Auditoria realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em São Paulo (TRT-SP), o qual objetivava verificar a compatibilização entre os cronogramas físico e financeiro das obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo. Por meio do Acórdão 163/2001, o Plenário desta Corte, entre outras deliberações, julgou irregulares as contas da Incal Incorporações S/A, imputando-lhe débito e cominando-lhe multa, em solidariedade, em virtude de diversas irregularidades apuradas na citada obra.

Contra essa deliberação, foram interpostos Recursos de Reconsideração, julgados por meio do Acórdão n. 301/2001-Plenário, que alterou, parcialmente, a deliberação original. Essa última decisão foi embargada pelos responsáveis, resultando no Acórdão n. 50/2002-Plenário, que alterou, em parte, a decisão recorrida. Em derradeira decisão, o Plenário desta Corte rejeitou, por meio do Acórdão 158/2002- Plenário, novos Embargos de Declaração opostos pelos responsáveis.

No presente momento processual, Incal Incorporações S/A ingressa nesta Casa com Recurso de Revisão, o qual nos cumpre analisar quanto ao preenchimento dos requisitos específicos de admissibilidade.

Além dos pressupostos de admissibilidade comuns a todos os recursos - tempestividade, singularidade e legitimidade, o Recurso de Revisão requer o atendimento de requisitos específicos, indicados nos incisos do art. 35, da Lei n. 8.443/92: I- erro de cálculo; II- falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado o acórdão recorrido; III - superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida.

No caso ora em exame, o recorrente invoca todos os incisos supracitados, alegando, em síntese: que este órgão de apoio ao legislativo instalou processo de fundo penal, para além de suas prerrogativas, desrespeitando garantias individuais e princípios constitucionais apenas para dar satisfação à sociedade. Alega que a multa imputada pelo acórdão recorrido é inexequível, vez que o Grupo Incal Incorporações S/A foi levado à falência.

Aponta como "fatos novos" que motivariam a revisão do julgado:

"- Indefinição do Judiciário, por ausência de sentença transitada em julgado, deixou indefinido a natureza do contrato questionado de venda do Fórum Trabalhista, ser pública ou privada.

- Ausência na instrução processual definidora do acórdão recorrido de perícia independente com os necessários peritos assistentes, esclarecedora a situação tática na relação obra/pagamento.

- Existência da ilegal continuidade da obra suspensa em regime de urgência, que atualmente em obra acabada a serviços dos fins almejados.

- Disparidade na instrução do processo desenvolvido nesta Corte, com outros, ainda em andamentos nos Tribunais cível e criminal.

- Conflito e divergência com o acórdão proferido anteriormente por esta mesma Corte que já havia julgado o mesmo processo.

- Divergência, ausência de prova e precariedade processual, motivadora do acórdão recorrido" (fl. 10).

Sustenta que "os documentos probatórios dos fatos novos, capazes de alterar o julgamento do acórdão recorrido, encontram-se sob a proteção do sigilo de justiça nos processos nº 98.003.6590-7 - 12º Vara Cível da Justiça Federal (Ação Civil Pública) e processo nº 1198-1 que tramita no Tribunal Federal da 3º Região" (fl. 11), requerendo, por fim, que seja oficiado aos respectivos juízos para que estes autorizem a retirada de cópias.

Nestes termos, verifica-se que o recorrente se limita a invocar requisitos de admissibilidade compatíveis com o Recurso de Revisão, não os satisfazendo materialmente.

De fato, a atuação deste Tribunal, cuja competência é estabelecida pelo art. 71 da Constituição Federal, não se submete a entendimentos contidos em decisões judiciais, vigorando o princípio da independência de instâncias. Desta feita, a eventual existência de disparidade entre decisões judiciais e deliberações desta Corte não é, por si só, motivo que fundamente a rescisão de julgado mediante Recurso de Revisão. De qualquer forma, também não caberia a este Tribunal diligenciar pela obtenção dos referidos "documentos novos", conforme solicitado pelo recorrente.

Ressalte-se que a tentativa de se provocar a pura e simples rediscussão de deliberações do TCU fundada, tão-somente, na discordância e no descontentamento do recorrente com as conclusões obtidas por este Tribunal não se constitui em fato ensejador do conhecimento do presente Recurso de Revisão, ante sua índole similar à ação rescisória, nos termos do art. 288 do RI/TCU.

Nestes termos, verifica-se que o recorrente não apresenta qualquer elemento que preencha algum dos requisitos específicos de admissibilidade contidos nos incisos do art. 35 da Lei n. 8.443/92, impossibilitando, dessa forma, o conhecimento do recurso.

[...]

6. Por sua vez, o exame de admissibilidade do Recurso de Revisão interposto pelo Grupo OK Construções contra o Acórdão nº 163/2001 – Plenário foi instruído em 1/6/2007 pela Serur com proposta de conhecimento, nos seguintes termos (peça 87, fls. 952/953 do Anexo 1):

“[...]

Tratam-se os autos de Tomada de Contas Especial decorrente da conversão do Relatório de Auditoria realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em São Paulo (TRT-SP), o qual objetivava verificar a compatibilização entre os cronogramas físico e financeiro das obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo.

Por meio do Acórdão 163/2001, o Plenário desta Corte, entre outras deliberações, julgou irregulares as contas do Grupo OK Construções e Incorporações S/A, imputando-lhe débito e cominando-lhe multa, em solidariedade, em virtude de diversas irregularidades apuradas na citada obra.

Contra essa deliberação, foram Interpostos Recursos de Reconsideração, julgados por meio do Acórdão n. 301/2001-Plenário, que alterou, parcialmente, a deliberação original. Essa última decisão foi embargada pelos responsáveis, resultando no Acórdão n. 50/2002-Plenário, que alterou, em parte, a decisão recorrida. Em derradeira decisão, o Plenário desta Corte rejeitou, por meio do Acórdão 158/2002- Plenário, novos Embargos de Declaração opostos pelos responsáveis. No presente momento processual, o Grupo OK · Construções e Incorporações S/A ingressa nesta Casa com Recurso de Revisão, o qual nos cumpre analisar o preenchimento dos requisitos específicos de admissibilidade.

Além dos pressupostos de admissibilidade comuns a todos os recursos: tempestividade, singularidade e legitimidade, o Recurso de Revisão requer o atendimento de requisitos específicos, indicados nos Incisos do art. 35, da Lei n.8.443/92: I- erro de cálculo; II- falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado o acórdão recorrido; III - superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida.

No recurso ora em exame, o recorrente, em extenso arrazoado (fls. 01/113, do anexo 1) acompanhado também de vasta documentação (vols. 3 a 6, do anexo 1), fundamenta seu recurso em todos Incisos do supracitado dispositivo legal.

Alega, em síntese, estar apresentando "relevantes fatos novos" entre os quais depoimentos prestados em juízo, notadamente por testemunhas de acusação, que teriam entrado em diversas contradições, além de laudos periciais que demonstrariam graves erros na definição dos valores da obra do Fórum Trabalhista do TRT-SP e, conseqüentemente, no cálculo do superfaturamento apurado por esta Corte na presente TCE, entre outros documentos.

Apresenta, ainda, uma série de preliminares, entre as quais a arguição do impedimento dos servidores que já atuaram no feito, e a nulidade do julgamento por violação ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, destacando que o TCU fez uso de provas emprestadas sem dar ao responsável a oportunidade de se manifestar sobre elas.

No que se concerne aos novos depoimentos realizados em juízo que, segundo o recorrente, não foram apreciados por esta Corte de Contas, importa ressaltar que tais depoimentos, em tese, não teriam o condão de desconstituir a coisa julgada administrativa, em função do princípio da independência das instâncias. Faltaria a tais documentos, portanto, a eficácia sobre a prova produzida, requisito contido na parte final do art. 35, III, da Lei n. 8.443/92.

Contudo, em exame preliminar, verifica-se que ao menos um dos citados depoimentos, prestado por perita cujo laudo foi utilizado por esta Corte na fixação do cálculo do montante superfaturado (fls. 386/391, do vol. 3 do anexo 1), demonstra a existência de aparentes imprecisões relevantes para a fixação do referido cálculo.

No mesmo sentido, o recorrente também procura desconstituir os valores apurados por esta Corte relativos ao superfaturamento, com base em laudos periciais, entre os quais, citem-se: laudo de fls. 469/614, volumes 4 e 5 do anexo 1, produzido por Renor Valério da Silva e Shido Ogura, no bojo do processo n. 98.036590-7, com trâmite na 12ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo, que, segundo o recorrente, "apresenta extraordinárias contradições com o produzido pelo órgão acusador" (fl. 50, anexo 1); e laudo apresentado pelo Banco do Brasil após o julgamento definitivo desta Corte de Contas.

Nestes termos, tendo em vista que os mencionados documentos ainda não se encontravam juntados aos autos e a sua aparente eficácia sobre a produzida, entendo caracterizada a hipótese de admissibilidade prevista no art. 35, III, da LO/TCU, permitindo, dessa forma, que o recurso seja conhecido.

Por fim, quanto à preliminar relativa ao impedimento dos servidores que já atuaram no processo, ressalte-se, de plano, que não existe qualquer previsão legal ou regimental que fundamente tal pleito. De qualquer forma, o pedido encontra-se prejudicado, pois nenhum dos servidores relacionados pelo recorrente (Doe. 1) se encontra em exercício nesta Secretaria de Recursos. As demais preliminares poderão ser analisadas de forma mais pormenorizada por ocasião do exame de mérito do recurso, destacando, desde logo, a necessidade de se verificar se as provas emprestadas devem ser submetidas a novo contraditório em relação a sua formação ou somente quanto ao seu uso. [...]"

7. Mediante despacho proferido em 26/6/2007 (peça 88, fl. 16 do Anexo 6), o então Relator, eminente Ministro Benjamin Zymmler, conheceu dos recursos de revisão interpostos pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A e pela empresa Incal Incorporações S/A em 18/5/2007 e determinou o encaminhamento do processo à Serur e à então secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) para que procedessem “ao exame conjunto dos presentes recursos, de tal forma que caberá à primeira dessas Unidades Técnicas a avaliação de todos os aspectos relacionados à quantificação do dano e à outra o exame das questões remanescentes”.

8. Em 11/7/2007 o eminente Ministro Benjamin Zymmler declarou sua suspeição, “por motivo de foro íntimo, para prosseguir na Relatoria do presente feito” (peça 88, fl. 21 do Anexo 6).

9. Na sequência, em 25/7/2007, foi sorteado o novo Relator, eminente Ministro Raimundo Carreiro (peça 88, fl. 24 do anexo 6). Consoante despacho proferido em 9/8/2007 (peça 87, fl. 954 do Anexo 1), o novo Relator ratificou os termos do Despacho do Relator anterior, Ministro Benjamin Zymmler, e determinou o encaminhamento do processo à Secob “para que proceda à análise dos aspectos relacionados à quantificação do dano, e posterior envio à Serur para análise das questões remanescentes, conforme §3º, art. 50 da Resolução TCU nº 191/2006”.

10. Em consequência, a Secob emitiu em 23/11/2009 parecer (peça 87, fls. 960/981 do Anexo 1), cuja conclusão segue transcrita a seguir, **ipsis litteris**:

“[...]

108. Portanto, ante o exposto, e considerando:

- que a análise realizada pela equipe de inspeção TCU/CEF acerca dos estudos anteriores ao trabalho que resultou no débito imputado Decisão 469/1999 - Plenário e no Acórdão 163/2901-Plenário, apontou imprecisões desses levantamentos;

- que a metodologia adotada para a apuração do prejuízo apontado Decisão 469/1999 - Plenário e no Acórdão 163/2001 - Plenário baseou-se prioritariamente em levantamentos **in loco**, mais apropriado para a situação concreta, não encontrando-se amparado nos trabalhos anteriormente realizados;

Emitimos nosso Parecer no sentido de que os argumentos apresentados e os fatos novos trazidos no Recurso de Revisão interposto pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A em desfavor do Acórdão 163/2001 - Plenário, no que diz respeito à quantificação do débito imputado e em relação aos aspectos ora analisados, não são capazes de promover a revisão do valor do dano a ser ressarcido aos cofres públicos, qual seja, R\$ 169.491.951,15 (data-base: abril/1999), a serem atualizados conforme determinado no item 8.1 da mencionada deliberação.

[...]”.

11. Os autos foram em seguida encaminhados à Serur, tendo o Auditor Federal de Controle Externo daquela unidade instrutiva acostado aos autos, em 24/11/2009, a instrução de mérito transcrita a seguir, **in verbis** (peça 87, fls. 982/1049 do Anexo 1):

“[...]

Trata-se de Recursos de Revisão interpostos pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A (fls. 01/133, v. p. do anexo 1), acompanhado de documentos (volumes do anexo 1), e pela Incal Incorporações S/A (fls. 01/11, anexo 6) contra o Acórdão 163/2001 (fls. 1.171/1.175, v. III do v. p.), parcialmente alterado pelos Acórdãos ns. 301/2001 (fls. 345/346, v. 46) e 50/2002 (fls. 44/42, v. 53), e mantido pelo Acórdão 158/2002 (fl. 54/55, v. 69), todos do Plenário. O trabalho desta Unidade Técnica buscou atender a forma determinada pelo Relator por meio do Despacho de fl. 16 do anexo 6, ou seja, análise conjunta dos recursos pela Secob/TCU e por esta Serur/TCU, cabendo à primeira a avaliação dos aspectos relacionados à quantificação do dano e à segunda o exame das questões remanescentes.

2. Às fls. 960/980 do volume 6 do anexo 1, a Secob/TCU enfrentou diversos aspectos constantes nos recursos, com ênfase nos esclarecimentos acerca da adequação da quantificação o dano apurado nos autos. Após a leitura da referida peça, manifesta-se concordância com os esclarecimentos e a proposta ali assentada.

ADMISSIBILIDADE

3. O exame preliminar de admissibilidade relativo ao recurso da Incal Incorporações S/A (fls. 12/14, anexo 6), por não ter sido demonstrada a existência dos elementos necessários ao preenchimento de alguns requisitos próprios da espécie recursal (art. 35 da Lei 8.443/92), concluiu pelo não conhecimento, apontando ainda a intempestividade recursal.

4. Quanto ao recurso do Grupo OK Construções e Incorporações S/A, a proposição contida no exame preliminar de admissibilidade (fls. 952/953, v. 6 do anexo 1) foi no sentido de o recurso ser conhecido, eis que preenchidos os requisitos da espécie.

5. No despacho de fl. 16 do anexo 6, o Ministro Benjamin Zymler, então Relator, conheceu dos recursos e ordenou à Serur/TCU e à Secob/TCU a realização de análise conjunta de mérito.

6. Em 11/06/2007 (fl. 21, anexo 6), o Relator Benjamin Zymler declarou sua suspeição para permanecer na relatoria do feito. Foi sorteada outra relatoria (fl. 24, anexo 6). O novo Ministro Relator Raimundo Carreiro (fl. 29, anexo 6) ratificou os termos do despacho de fl. 16 do anexo 6,

mantendo o conhecimento do recurso da Incal Incorporações S/A e determinando a realização de análise conjunta pelas Unidades Técnicas.

HISTÓRICO PROCESSUAL

7. Em face da complexidade da matéria, e do número de processos que tramitam conjuntamente, antes de atender à determinação do Relator para que seja apresentado um breve histórico, são relacionados abaixo os processos afins:

TC 001.025/1998-8 (PRESENTES AUTOS) - *Solicita informações sobre as medidas a serem adotadas, com vistas ao esclarecimento dos fatos e apuração das responsabilidades, nas obras do TRT - SP - convertido em tomada de contas especial conforme Acórdão 45/99 - TCU - Plenário.*

Processos apensos ao TC 001.025/1998-8.

Processo: 001.838/1998-9 (apenso) - Consulta relativa ao rompimento do equilíbrio econômico-financeiro em escritura pública de venda e compra lavrada em 19.12.96, retificada pela escritura de retificação e ratificação em 3.1.97 - Interessado TRT-2/SP - Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região/SP-JT. Está anexado desde: 24/06/1998 - 12:00:00.

Processo: 005.005/1998-1 (apenso) - Solicita cópia do TC 001.025/1998-8, para instrução de Inquérito Civil Público 7/1997, em curso na PRSP Solicitação da Procuradoria-Geral do Estado de Tocantins. Está anexado desde: 22/07/1998 - 12:00:00.

Processo: 700.214/1998-4 (apenso) - Relatório de auditoria realizada nas obras de construção do Fórum Trabalhista da Primeira Instância da Cidade de São Paulo - SP. Está anexado desde: 23/10/1998 - 12:01:23.

Processo: 003.858/1999-5 (apenso) - OF-8-99 - Solicita cópia de todos e quaisquer documentos que tenham referência a inspeção das obras do Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região - Comissão Parlamentar de Inquérito, Justiça - Senado Federal. Está anexado desde: 04/05/1999 - 12:11:36.

Processo: 007.506/1999-6 (apenso) - Levantamento de auditoria a ser realizado na construção do Fórum Trabalhista de 1ª instância da Cidade de São Paulo/SP, Conf. Port. 29 DE 07/06/99. Está anexado desde: 17/08/1999 - 12:54:36.

Processo: 008.817/2000-8 (apenso) - Relatório de levantamento realizado nas obras do Fórum Trabalhista da Primeira Instância na Cidade de São Paulo/SP, período de 14/06 a 23/06/2000, conforme Portaria 31/2000-Secex-SP. Está anexado desde: 27/11/2000- 18:27:26.

Processo: 006.905/2002-0 (apenso) - Cobrança executiva de débito originário do Acórdão 163/2001 -TCU -Plenário. Referente à TCE 001.025/1998-8.

Processo: 006.906/2002-7 (apenso) - Cobrança executiva de multa originário do Acórdão 163/2001 - TCU - Plenário. Referente à TCE 001.025/1998-8.

Processo: 006.907/2002-4 (apenso) - Cobrança executiva de multa originário do Acórdão 163/2001 - TCU - Plenário. Referente à TCE 001.025/1998-8.

Processo: 006.908/2002-1 (apenso) - Cobrança executiva de multa originário do Acórdão 163/2001 - TCU - Plenário. Referente à TCE 001.025/1998-8.

Processo: 006.909/2002-9 (apenso) - Cobrança executiva de multa originário do Acórdão 163/2001 -TCU -Plenário. Referente à TCE 001.025/1998-8.

Processo: 006.910/2002-0 (apenso) - Cobrança executiva de multa originário do Acórdão 163/2001 -TCU - Plenário. Referente à TCE 001.025/1998-8.

Processo: 010.342/2007-8 (apenso) - Of/Jur 1771/2007-AGU/PRI-3R-WHA., sobre cópias do TC.001.025/1998-8. O Sr.Washington Hissato Akamine, Advogado da União, Adm. Do TCU referente ao Acórdão 163/2001 - TCU - Plenário sobre condenação da Incal Incorporações S/A no valor de R\$. 10.000.000,00. Está anexado desde: 22/05/2007 - 13:04:27.

8. O número de processos que por algum motivo tramitam de forma conjunta e o grande número de decisões prolatadas sobre a matéria confere aos presentes autos a certeza de que o tema obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo há muito vem sendo debatido de maneira

exaustiva por esta Corte de Contas. Por meio dos recursos interpostos os recorrentes pretendem reabrir as discussões em sede de revisão.

9. Atendendo à determinação para que preliminarmente fosse apresentado um histórico da matéria, não poderia deixar de ser citado trecho do Voto condutor da decisão (Acórdão 301/2001 - Plenário - fls. 345/346 do v. 46) por meio da qual o TCU deliberou acerca dos Recursos de Reconsideração interpostos contra a decisão sob exame, verbis:

"14. Para facilitar o exame da presente matéria, entendo oportuno apresentar, a seguir, de forma sucinta, as principais ocorrências referentes à tramitação dos autos no TCU, até agora:

1 - O expediente da Procuradora-Chefe foi autuado neste Tribunal como processo autônomo (TC-001.025/1998-8) e encaminhado à SECEX/SP, a qual, em 04.03.1998, considerando que a solicitação atendia ao disposto no parágrafo único do art. 30 da então vigente Resolução TCU nº 77196, opinou pela realização de inspeção, com fundamento no art. 3º da IN-TCU nº 09/95, afim de verificar, especialmente, o estágio atual de execução das obras e a conseqüente compatibilização com o montante efetivamente despendido. A providência contou com a autorização do Ministro-Relator (fl. 20 do Vol. Principal/).

2 - A Unidade Técnica realizou a vistoria na obra em tela, propondo, no respectivo Relatório de Inspeção (fls. 50 a 75 do Vol. Principal I), a audiência dos responsáveis, Srs. Délvio Buffulin, Presidente do TRT/2ª Região, à época, e Nicolau dos Santos Neto, então Presidente da Comissão de Construção do Fórum Trabalhista de São Paulo (fls. 73 a 75, Vol. Principal I), a qual/oi posteriormente complementada, a fim de que os responsáveis apresentassem esclarecimentos quanto ao item 'a' formulado às fls. 3181319 (fls. 316 a 320, Vol. Principal I).

3 - O Exmº Sr. Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi, diante da natureza das ocorrências apuradas pela equipe de inspeção, e prestigiando os princípios do contraditório e da ampla defesa, manifestou-se, em 19.06.1998, de acordo com a proposta da Unidade Técnica, no sentido de se promover a audiência dos responsáveis acima indicados para que apresentassem as razões de justificativa (fls. 275 12]6, Vol. Principal I). Na sequência, em 19.08.1998, o eminente Relator autorizou também a promoção da audiência complementar supra referida.

4 - Após o exame das razões de justificativas dos responsáveis retromencionados, o Plenário do TCU lavrou o Acórdão nº 045/99, Sessão de 05.05.1999 (fls. 543/545, Vol. Principal/), imputando aos Srs. Délvio Buffulin e Nicolau dos Santos Neto a multa prevista no art.58, III, da Lei nº 8.443/92, no valor de R\$ 17.560,20, convertendo os autos em Tomada de Contas Especial, além de autorizar a realização de nova inspeção junto ao TRT-2ª Região, e determinar ao Tribunal Regional do Trabalho em São Paulo a continuidade das obras mediante a contratação de empresa idônea, por intermédio de novo procedimento licitatório, e a nulidade do contrato, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93.

5 - Inconformados com a referida deliberação, os Srs. Délvio Buffulin, Nicolau dos Santos Neto e Floriano Vaz da Silva entraram com pedidos de reexame, constantes dos Volumes 20, 14 e 13, respectivamente.

6 - A inspeção autorizada nos termos da letra 'd' do Acórdão nº 045199, já referido anteriormente, foi realizada com o objetivo de confirmar se o efetivo montante dos danos decorrentes da construção do Fórum Trabalhista de São Paulo era superior ao valor consubstanciado na letra 'c' do citado Acórdão. O resultado dos trabalhos ensejou a Decisão nº 469/99-TCU-Plenário, de 28.07.99 (fl. 654, Vol. Principal II), nos seguintes termos:

'8.1. com fulcro no an. 12, li. da Lei nº 8.443/92, determinar a citação solidária da empresa Inca[Incorporações S.A. e dos Srs. Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin e Antônio Carlos Gama da Silva, pelo valor de R\$169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinquenta e um

reais e quinze centavos), relativo à diferença entre os valores pagos pelo TRT - 2ª Região à conta das obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo (R\$ 231.953.176,75) e o custo efetivo do empreendimento, nas condições em que se encontra (R\$ 62.461.225,60), rodos em valores de abril de 1999, sendo desse débito total a parcela de R\$13.207.054,28 (treze milhões, duzentos e sete mil, cinqüenta e quatro reais e vinte e oito centavos) de responsabilidade solidária também do Sr. Gilberto Morand Paixão, que igualmente deve ser citado, fixando-se-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que apresentem alegações de defesa ou recolham aos cofres do Tesouro Nacional a referida importância, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos a contar de maio de 1999;

8.2. comunicar aos responsáveis mencionados no item 8.1 retro acerca da insubsistência da citação que lhes foi anteriormente dirigida, observando-se-lhes como necessária a apresentação de novas defesas ou a re-ratificação daquelas já remetidas ao Tribunal;

8.3. juntar cópia desta Decisão, acompanhada do Relat6rio e Voto que a fundamentam. aos processos TC-700.282/93-9, TC-700.279/94-6, TC-700.210/95-4, TC-700.115/96-0, TC700.109/97-8 e TC-700:071/98-9 (contas do TRT - 2ª Região relativas aos exercícios de 1992 a 1997, respectivamente), para análise em conjunto e em confronto;

(...)

8.5. encaminhar os autos à 10ª SECEX, após adotadas as providências ordenadas nos subitens 8.1 a 8.4 supra, para análise dos recursos interpostos pelo TRT/SP e pelo Sr. Nicolau dos Santos Neto, contra o Acórdão nº 45/99 - Plenário.' (grifei)

7 - Posteriormente, em 13.06.2000, o Ministério Público junto ao TCU interpôs recurso de reconsideração contra duas deliberações proferidas pelo Plenário deste Tribunal: Acórdão nº 045/99, com vistas a tornar insubsistente a alínea 'l' do decisum, na pane que determina ao TRT/SP a promoção da nulidade do contrato celebrado com a Inca/ Incorporações S/A, para a construção do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo; e a Decisão nº 469/99, para incluir no subirem 8.1 dessa decisão, como responsável solidário, o Grupo OK Construções e Incorporações SIA, na pessoa do seu Diretor-Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estêvão de Oliveira Neto, a fim de que se promova a sua citação, na forma e pelos fundamentos ali apresentados.

8 - Sobreveio, nesse íterim, a Decisão nº 591/2000-TCU-Pl. adorada nos autos do TC700.115/1996-0 (Tomada de Contas anual do TRT/SP - exercício de 1995), cuja principal providência foi a seguinte:

'(...);

8.2 - com fulcro no art. 12, li, da Lei nº 8.443/92, a citação solidária da empresa Incal Incorporações S.A., do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estêvão de Oliveira Neto, e dos Srs. Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin e Antônio Carlos Gama da Silva, pelo valor de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinqüenta e um reais e quinze centavos), relativo à diferença entre as quantias pagas pelo TRT - 2ª Região à conta das obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo (R\$ 231.953.176,75) e o valor efetivo do 1 empreendimento nas condições em que se encontra (R\$ 62.461.225,60), todos em valores de abril de 1999, sendo que desse débito total a parcela de R\$ 13.207.054,28 (treze milhões, duzentos e sete mil, cinqüenta e quatro reais e vinte e oito centavos) é de responsabilidade solidária também do Sr. Gilberto Morand Paixão, o qual deverá ser igualmente citado, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que apresentem alegações de defesa ou recolham aos

cofres do Tesouro Nacional a referida importância, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos a contar de maio de 1999';

9 - Em virtude da deliberação acima transcrita, o MPITCU solicitou a desistência do recurso que havia interposto contra o Acórdão nº 45/99, tendo em vista que a providência objeto do seu pedido fora providenciada por força da respectiva Decisão nº 59112000.

10 - o Tribunal, após a análise dos pedidos de reexame interposto pelos Srs. Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin e Floriano Vaz da Silva, bem como dos recursos do MPITCU, exarou o Acórdão nº 298/2000-TCU-Pl., de onde transcreve os seguintes trechos:

'a) conhecer dos pedidos de reexame interpostos pelos Srs. Nicolau dos Santos Neto e Délvio Buffulin contra o Acórdão nº 045199-Plenário, para, no mérito, negar-lhes provimento;

b) conhecer parcialmente do pedido de reexame interposto pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região contra o Acórdão nº 045/99-Plenário, para, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, suprimindo-se da alínea 'f' do mencionado acórdão a determinação para que sejam adotadas medidas com vistas à continuidade, mediante a contratação, em certame licitatório, de nova empresa, das obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo;

c) considerar extinto o procedimento recursal no tocante à iniciativa do Ministério Público junto ao TCU;

(...)'.

11 - Os Srs. Délvio Buffulin e Nicolau dos Santos Neto opuseram embargos de declaração em Pedidos de Reexame, os quais foram apreciados pela Corte de Contas, em Sessão Plenária de 14.03.2001, dando origem ao Acórdão nº 036/01, com o seguinte teor:

'a) não conhecer como recurso da petição apresentada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região;

b) conhecer dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Nicolau dos Santos Neto, para negar-lhes provimento;

c) conhecer dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Délvio Buffulin, para, dando-lhes provimento, ante as razões constantes do precedente Voto, proceder aos esclarecimentos seguintes:

quanto ao primeiro ponto embargado, que este Plenário, ao prolatar o Acórdão nº 298/2000-Plenário, teve por pacífico que não houve qualquer violação ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal ou ao art. 31 da Lei n. 8.443/92 ao aplicar-se ao recorrente a multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei n. 8.443/92, porquanto a garantia de contraditório e ampla defesa neles assegurada., no que se refere aos processos de fiscalização de atos e contratos da competência deste Tribunal, foi idoneamente concretizada por meio da disciplina estabelecida nos arts. 41 a 47 da Lei Orgânica deste Tribunal, rigorosamente observada na hipótese destes autos; e

quanto ao segundo ponto embargado, que o qualificativo 'autônomo' inserto na expressão 'procedimento jurisdicional autônomo' referiu-se à autonomia, estabelecida na Lei Orgânica deste Tribunal por força de imperativo constitucional, dos procedimentos de fiscalização em relação aos procedimentos em que se desenvolve o julgamento de contas; e que foi no exercício das suas competências firmadas na Constituição Federal e na lei nº 8.443/92 que este Tribunal procedeu à realização dos procedimentos de fiscalização inerentes à sua jurisdição com base no que foi prolatada a deliberação contra a qual se insurgiu o recorrente;

d) manter íntegro, em todos os seus termos, o Acórdão nº 298/2000-Plenário;

e) dar ciência aos interessados da presente deliberação, e

j) enviar cópia do presente Acórdão, bem assim do Relatório e Voto que o fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do

Congresso Nacional, à Procuradora-Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo e ao Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho'.

12 - Mais uma vez os autos retomaram a esta Corte para que fossem analisadas as alegações de defesa dos responsáveis, oportunidade em que o Tribunal decidiu pela rejeição das mesmas, ante os fundamentos de fato e de direito consubstanciados no Relatório e Voto do Ministro-Relator (fls. 061/1162 do Vol. Principal III) com as modificações propostas pelo Ministro Walton Alencar (fls. 1163/1169 do Vol. Principal III), ensejando o Acórdão nº 16312001-TCU-Plenário (Ata nº 2812001 - Sessão de 11.07.2001), nos seguintes termos:

'8.1 – com fulcro nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "c" e "d", da Lei 8.443/92, de os artigos 19, caput, e 23, inciso III, da mesma Lei, julgar irregulares as contas dos Srs. Délvio Buffulin (ex-Presidente do TRTISP); Nicolau dos Santos Neto (ex-Presidente do TRT/SP); da Empresa Inca/ Incorporações S.A., na pessoa de seus representantes legais, Srs. Fábio Monteiro de Barros Filho (Diretor-Presidente) e José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz (Diretor Vice-Presidente); do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor-Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estêvão de Oliveira Neto, e do Sr. Antônio Carlos da Gama e Silva (engenheiro), condenando-os solidariamente ao pagamento da quantia original de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinquenta e um reais e quinze centavos), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (artigo 165, III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento do valor do débito aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente e acrescido dos consectários legais devidos, na forma da legislação em vigor, calculados a partir de 01.05.1999, até a data do efetivo recolhimento;

8.2 - aplicar às empresas e aos responsáveis a seguir indicados, individualmente, a multa prevista no artigo 57 da Lei 8.443/92, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem perante o Tribunal, o recolhimento das quantias, a seguir discriminadas, aos cofres do Tesouro Nacional:

8.2.1 - Inca/ Incorporações S.A. (representada pelos Srs. Fábio Monteiro de Barros Filho, Diretor-Presidente e José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz, Diretor Vice-Presidente). Valor: R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

8.2.2 - Grupo OK Construções e Incorporações S.A. (representado pelo Sr. Luiz Estêvão de Oliveira Neto, Diretor-Superintendente). Valor: R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais), e

8.2.3 - Sr. Nicolau dos Santos Neto. Valor: R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais);

8.2.4 - Sr. Délvio Buffulin. Valor: R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

8.2.5 - Antonio Carlos da Gama e Silva (engenheiro). Valor: R\$ 17.560,20 (dezessete mil, quinhentos e sessenta reais e vinte centavos);

8.3 - tornar insubsistentes as alíneas "a" e "b" do Acórdão nº 045/1999 - Plenário, aprovado na Sessão Ordinária realizada em 05.05.1999 (TC-001.025/1998-8);

8.4 - acolher as alegações de defesa do Sr. Gilberto Morand Paixão (engenheiro), excluindo-se sua responsabilidade destes autos;

8.5 - autorizar, desde logo, caso não atendidas as respectivas notificações, a cobrança judicial das dívidas (itens 8.1, 8.2 e 8.3 pregressos);

8.6 - comunicar ao Congresso Nacional, tendo em vista a competência que lhe é conferida nos termos do § 1º do art. 71 da Constituição Federal, a relutância do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em promover a nulidade do contrato celebrado com a Inca[Incorporações SIA, conforme determinação contida na alínea "I" do Acórdão n.º 45/99-TCU-Plenário, retificada, em parte, pela alínea "b" do Acórdão n.º 29812000-TCU-Plenário; e

8. 7 - autorizar a remessa de cópia destes autos, bem como do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, ao Ministério Público da União, com base no art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443/92, para adoção das medidas de sua competência que entenda pertinentes".

13 - Os Srs. Nicolau dos Santos Neto e Décio Buffulin, em virtude do mencionado Acórdão, interpuseram embargos de declaração, aos quais o Tribunal deliberou conhecer, para no mérito, negar-lhes provimento, por intermédio da Decisão nº 69012001-TCU-Plenário (Ata nº 3712001 - Sessão de 05.09.2001).

14 - Finalmente, os responsáveis, Srs. Antonio Carlos da Gama e Silva, Nicolau dos Santos Neto e Délvio Buffulin, bem como o Grupo OK Construções e Incorporações S.A. e Luiz Estêvão de Oliveira Neto, e Incal Incorporações S.A. e Fábio Monteiro de Barros Filho, irrisignados com o Acórdão acima transcrito, interpuseram, os Recursos de Reconsideração juntados, respectivamente, às fls. 01/08 do Vol. 46, 01/45 do Vol. 49, 01/44 do Vol. 50, 01/20 do Vol. 47 e 35/65 do Vol. 48.

15. Como se verifica, esta Corte de Contas, há quase dez anos, tem dedicado atenção especial ao affair intitulado "TRT/SP", buscando, em toda e extensão de sua competência fiscalizadora, o esclarecimento dos fatos, a apuração de responsabilidades e a aplicação das penalidades legais cabíveis, levando-se em conta a natureza e as características peculiares às ocorrências mais graves aqui comprovadas, com vistas a uma solução que envolvesse os aspectos da legalidade, da isonomia e da justiça. Assim, o TCU se manteve incansável em seu trabalho de campo, quer por intermédio das reiteradas verificações nas obras do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo, quer pela juntada de documentos importantes à elucidação das questões objeto de reiteradas deliberações desta Casa. "

10. Por intermédio da Decisão 423/2001 - Plenário (fl. 1176, v. 3 do v. p.), o TCU aprovou a solicitação à Advocacia-Geral da União para que fossem adotadas as medidas necessárias à reparação do dano.

11. O Tribunal, ao analisar os Recursos de Reconsideração interpostos contra a decisão condenatória, proferiu por intermédio do Acórdão 301/2001 - Plenário (fls. 345/346, v. 46) a seguinte decisão:

"8.1 - não conhecer os Recursos de Reconsideração interpostos pelos Srs. Luiz Estêvão de Oliveira Neto e Fábio Monteiro de Barros Filho por não atenderem aos requisitos de admissibilidade previstos no an. 33 da Lei nº 8.443/92; (Acórdão tomado insubsistente pelo Acórdão 50/2002 -Ata 6 -Plenário).

8.2 - conhecer dos Recursos de Reconsideração dos Srs. Antonio Carlos da Gama e Silva, Nicolau dos Santos Neto e Délvio Buffulin, bem como os da Incal Incorporações S.A. e Grupo OK Incorporações S.A., com fulcro nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhes provimento, à exceção do recurso do Sr. Délvio Buffulin, ao qual deve ser dado provimento parcial, no sentido de conferir aos itens 8.1 e 8.2.4 do Acórdão nº 163/2001-TCU-Plenário a seguinte redação: (Redação alterada pelo Acórdão 50/2002 - Ata 6 - Plenário).

"8.1 - com fulcro nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas 'c' e 'd', da Lei nº 8.443/92, ele os artigos 19, caput, e 23, inciso II, da mesma Lei, julgar irregulares as contas dos Srs. Délvio Buffulin (ex-Presidente do TRT/SP); Nicolau dos Santos Neto (ex-Presidente do TRT/SP); da Empresa Incal Incorporações S.A., na pessoa de seus representantes legais, Srs. Fábio Monteiro de Barros Filho (Diretor-Presidente) e José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz (Diretor Vice-Presidente); do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor-Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estêvão de Oliveira Neto, e do Sr. Antônio Carlos da Gama e Silva (engenheiro), condenando-os solidariamente ao pagamento da quantia original de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões,

quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinqüenta e um reais e quinze centavos), à exceção do Sr. Délvio Buffulin, cujo débito solidário é no valor de R\$ 59.243.848, 77 (cinqüenta e nove milhões, duzentos e quarenta e três mil, oitocentos e quarenta e oito reais e setenta e sete centavos), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (artigo 165, li/, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento do valor do débito aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente e acrescido dos encargos legais devidos, na forma da legislação em vigor, calculados a partir de 01.05.1999, até a data do efetivo recolhimento;

8.2.4 - Sr. Délvio Buffulin, a multa no valor de R\$ 349.538,70 (trezentos e quarenta e nove mil, quinhentos e trinta e oito reais e setenta centavos)";

8.3 - manter todos os demais termos do Acórdão recorrido;

8.4 - enviar cópia do presente Acórdão, bem assim do Relatório e Voto que o fundamentam, aos recorrentes, ao Tribunal Regional do Trabalho - 2º Região, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, à Procuradora-Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo e ao Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho."

12. Inconformados com a sorte dos Recursos de Reconsideração, os apenados opuseram Embargos de Declaração, apreciados por esta Corte de Contas por meio do Acórdão 50/2002 (fls. 44/42. v. 53), verbis:

"8.1 - conhecer dos Embargos de Declaração opostos pelos Srs. Antônio Carlos da Gama e Silva, Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin, Luiz Estevão de Oliveira Neto, Fábio Monteiro de Barros Filho, bem como pelo Grupo OK Construções e Incorporações S.A. e pela Empresa Inca/ Incorporações S.A., por atenderem aos requisitos de admissibilidade (legitimidade, singularidade, interesse em recorrer e adequação), para, no mérito:

8.1.a - negar provimento aos embargos opostos pelos Srs. Antonio Carlos da Gama e Silva, Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin, pelo Grupo OK Construções e Incorporações S.A. e pela Inca Incorporações S.A;

8.1.b - dar provimento parcial aos embargos opostos pelos Srs. Luiz Estevão de Oliveira Neto e Fábio Monteiro de Barros Filho, tomando insubsistente o subitem 8.1. do Acórdão n. 301/2001-TCU-Plenário, e reformando a redação do subitem 8.2. do mesmo decisor, que passa a ser registrado como se segue:

"8.2 conhecer dos Recursos de Reconsideração dos Srs. Antonio Carlos da Gama e Silva, Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin, Luiz Estevão de Oliveira Neto e Fábio Monteiro de Barros Filho, bem como os da Inca Incorporações S.A. e do Grupo OK Construções e Incorporações S.A, com fulcro nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhes provimento, à exceção do recurso do Sr. Délvio Buffulin, ao qual deve ser dado provimento parcial, no sentido de 1 conferir aos itens 8.1 e 8.2.4 do Acórdão nº 163/2001-TCU-Plenário a seguinte redação;

'8.1 - com fulcro nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas 'c' e 'd', da Lei nº 8.443/92, ele os artigos 19, caput, e 23, inciso /li, da mesma Lei, julgar irregulares as contas dos Srs. Délvio Buffulin (ex-Presidente do TRTISP); Nicolau dos Santos Neto (ex-Presidente do TRTISP); da Empresa Inca/ Incorporações S.A., na pessoa de seus representantes legais, Srs. Fábio Monteiro de Barros Filho (Diretor-Presidente) e José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz (Diretor Vice-Presidente); do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor-Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, e do Sr. Antônio Carlos da Gama e Silva (engenheiro), condenando-os solidariamente ao pagamento da quantia original de R\$ 169.49/951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa

e um mil, novecentos e cinqüenta e um reais e quinze centavos), à exceção do Sr. Délvio Buffulin, cujo débito solidário é no valor de R\$ 59.243.848,77 (cinqüenta e nove milhões, duzentos e quarenta e três mil, oitocentos e quarenta e oito reais e setenta e sete centavos), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (artigo 165, III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento do valor do débito aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente e acrescido dos encargos legais devidos, na forma da legislação em vigor, calculados a partir de 01.05.1999, até a data do efetivo recolhimento;

8.2.4 - Sr. Délvio Buffulin, a multa no valor de R\$ 349.538,70 (trezentos e quarenta e nove mil, quinhentos e trinta e oito reais e setenta centavos)';"

8.2 - manter todos os demais termos do Acórdão recorrido;

8.3 - enviar cópia do presente Acórdão, bem assim do Relatório e Voto que o fundamentam, aos recorrentes,"

13. Novos Embargos de Declaração foram opostos, espécie que teve a sua apreciação por meio do Acórdão 158/2002 - Plenário (fls. 54/55, v. 69), tendo sido proferidas as seguintes deliberações:

8.1 - rejeitar os presentes Embargos de Declaração opostos individualmente pela Incal Incorporações S/A e Fábio Monteiro de Barros Filho e pelo GRUPO OK Construções e Incorporações S.A. e Luiz Estevão de Oliveira Neto por não haver obscuridade, omissão ou contradição na deliberação recorrida;

8.2 declarar que a reiteração, pelos recorrentes, de Embargos Declaratórios contra a presente deliberação não suspenderá a consumação do trânsito em julgado do Acórdão condenatório desta Corte de Contas (AC. nº 163/2001 - TCU - Plenário);

8.3 - encaminhar cópia do inteiro teor deste decisum, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam à Advocacia Geral da União - AGU -, considerando o disposto no § 3º do art. 71 da Constituição Federal, para os fins previstos nos arts. 28, inciso II, 81, inciso III, e 61, todos da Lei nº 8.443/92, relativamente à imediata execução do Acórdão nº 163/2001-TCU-Plenário com as alterações que lhe foram introduzidas pelos Acórdãos nºs. 30112001-TCU-Plenário e 50/2002-TCU Plenário;

8.4 - enviar para conhecimento dos recorrentes, cópia do inteiro teor do presente Acórdão, bem assim do Relatório e Voto que o fundamentam."

14. Nesta fase processual, encontra-se sob exame os Recursos de Revisão interpostos pelo Grupo O K Construções e Incorporações S/A e pela Incal Incorporações S/A.

MÉRITO

15. A seguir serão apresentados os argumentos dos recorrentes, de forma sintética, seguidos das respectivas análises.

16. No tocante ao recurso interpostos pelo Grupo OK Construções de Incorporações S/A, em face da quantidade de tópicos e da extensão da peça, a opção foi por estruturar a análise em itens similares aos do recurso.

17. Em relação ao recurso da local Incorporações S/A, essa medida não se faz necessária. Argumentos do Grupo OK Construções e Incorporações S/A (anexo 1).

18. Dos pressupostos recursais ou requisitos de admissibilidade.

18.1. Argumento: na forma de preâmbulo, antes de levar a debate os pressupostos processuais, o recorrente afirma que espera que este Tribunal indique com precisão as provas que animarão a decisão a ser proferida; que o recurso seja recebido na plenitude do efeito devolutivo; que, se surgirem nos autos fatos novos que auxiliem no deslinde do caso lhe seja conferido o direito de contraditar; que o TCU persista no entendimento de que há independência de instâncias em relação ao Judiciário, apenas para trazer provas por empréstimos.

18.2. *Análise: nas deliberações proferidas anteriormente nos presentes autos não há reparo a ser feito em relação às fundamentações destas. É oportuno esclarecer que a função precípua do processo é colecionar os elementos necessários a auxiliar o livre convencimento do órgão julgador. Diverso daquilo que possa estar imaginando o recorrente ao solicitar que sejam indicadas as provas que vierem a arrimar a decisão, na verdade, em regra, as decisões são proferidas com base no elenco probatório. Apenas em situações extremamente objetivas, geralmente previstas em texto normativo, os julgados são proferidos com base em apenas algumas provas. A necessidade de se lançar mão de todas as informações existentes nos autos, e não apenas em um grupo reduzido de elementos, está ainda mais presente nos processos que tramitam nesta Corte de Contas. Não se deve perder de vista que por trás do conceito de contas está presente a obrigação do gestor de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos, estando em alcance aquele que de alguma forma contribuiu ou foi favorecido pelo ato praticado pelo administrador que resultou em dano ao erário. Havendo discrepância entre as provas, cabe ao julgador dirimir o conflito com base em outros elementos, podendo valer-se inclusive de provas indiciárias na pacificação das divergências.*

18.3. *Especificamente acerca da força de uma prova, há a necessidade de que esta seja confrontada com as demais informações dos autos. A título de exemplo, a prova testemunhal que, em alguns processos, pode ser determinante, em outros, dada a natureza da lide, é de pouca valia. É a cautela que o legislador deu assento no art. 368 do Código de Processo Civil ao definir que a declaração sobre um fato prova a existência da declaração, não a veracidade daquilo que foi dito. Isso é justificado pelo singelo motivo de que o julgador deve expungir a carga de subjetividade das provas na busca de uma decisão mais adequada.*

18.4. *Sequer os laudos produzidos por especialista no assunto são provas incontestáveis ou de acatamento obrigatório. O art. 436 do CPC define que "o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos".*

18.5. *Dessa forma, reconhece-se nas decisões anteriormente proferidas ajusta medida entre o deslinde do caso e os dados do processo. Por certo o acórdão por meio do qual o TCU irá pacificar as inquietações demonstradas pelo recorrente não receberá tratamento diferente daquele que tiveram as outras contestações do recorrente, ou seja, será objeto de análise detida e profunda, como requer o caso.*

18.6. *Sobre o recebimento dos recursos, esses foram recebidos dentro daquilo que define a Lei 8.443/92 para a espécie, ou seja, foi aberta a oportunidade para ser reapreciada toda a matéria, sem que isso invalide automaticamente o que foi produzido anteriormente. Na verdade, o que o recorrente precisa fazer para ter sucesso é trazer elementos ou provas que confirmem uma nova realidade aos fatos julgados irregulares e/ou danosos, desconstituindo os fundamentos do Acórdão 163/2001 - Plenário.*

18.7. *Relativamente ao pleito do recorrente para que seja comunicado de qualquer fato novo valorado na decisão a ser proferida ou na manutenção do acórdão guerreado, esse pedido é inadequado, sem que a negativa configure violação aos princípios constitucionais do direito ao contraditório e à ampla defesa. O interessado, salvo raras exceções, não se defende de uma prova, mas dos fatos ou favorecimentos que são atribuídos a ele. O conjunto probatório, como apresentado anteriormente, é a seara utilizada para o julgador construir a sua convicção.*

18.8. *Não se tem dúvida de que o TCU manterá o seu entendimento de que há independência de instância de seus julgados em relação aos processos que tramitam no âmbito do Poder Judiciário, nem poderia ser de outra forma, haja vista que não se trata de um poder, mas de um poder-dever que deflui diretamente da Carta Política. Assim, as provas ou sentenças advindas do Poder Judiciário não necessariamente têm o poder de definir o posicionamento do TCU. Trata-se de mais um elemento inserido nos autos que tramitam nesta Corte, os quais levam ao deslinde da questão. Única anotação a ser feita é a relação que pode haver entre os processos de natureza administrativa e os processos penais, na forma que se segue:*

Lei 8.112/90

"Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. "

Código de Processo Penal

"Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato."

Código Civil

"Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal."

18.9. Como se vê, em diferentes fontes normativas só merece prosperar de plano a tentativa de vinculação do deslinde destes autos aos processos que tramitam no Poder Judiciário, se o primeiro estiver corrido em juízo criminal e a sentença for negativa de autoria ou materialidade do fato.

18.10. Argumento: o recorrente busca demonstrar a legitimidade para interpor o Recurso de Revisão e a tempestividade da peça recursal.

18.11. Análise: essas questões foram apreciadas no exame de admissibilidade e houve expressa manifestação de conhecimento do Relator do caso.

18.12. Argumento: sob o tópico "das regras processuais aplicáveis na lacuna das normas", o recorrente traça um paralelo entre o Recurso de Revisão e a Ação rescisória, na esfera cível, e a Revisão Criminal, na área penal.

18.13. Análise: esse argumento não merece maiores comentários, pois, como aponta o recorrente, o posicionamento do TCU tem sido o de também identificar semelhanças do Recurso de Revisão com os dois recursos, principalmente com a Ação Rescisória.

18.14. Argumento: em "das provas que indicará e da metodologia da apresentação", o responsável diz como transcorrerá o recurso, e que indicará cuidadosamente as provas e os fatos novos. Ele pede que as provas sejam consideradas com benignidade e que não sejam desconsideradas em razão da existência de alguns dos signos de validade (assinatura, reconhecimento de firma. autenticação cartorial). "Ainda, acerca das provas que pretende apresentar entre os relevantes fatos novos estão os depoimentos em juízo, em especial das testemunhas de acusação. É consabido, a propósito, que os Tribunais de Contas brasileiros exigem a prova documental de fatos, mas que, para tal, entre essas está a redução a termo das declarações, inovadoramente permitido no Regimento Interno. No presente caso, o recorrente somente fará juntar cópia de depoimento produzido para que sua admissibilidade revista-se de inequívoca força probatória" (fl. 08, v. p. do anexo 1).

18.15. Análise: em essência, as assertivas reunidas nesse argumento objetivam mais apresentar a estrutura do recurso que contrapor algo existente nos autos. O único ponto que merece ser esclarecido diz respeito à força probante das provas testemunhais, mesmo as produzidas em juízo por urna testemunha de acusação. Especial cuidado deve ter o TCU quando no testemunho prestado em juízo a pessoa contradiz o trabalho de sua autoria ou testemunho precedente acostado nos autos que tramitam neste Tribunal. Acerca do tema, a título de reflexão, traz-se à colação trecho do trabalho "Sistemas Probatórios" (sítio [http:// 200.143.12.7/ DoutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=181](http://200.143.12.7/DoutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=181)), de autoria de Vallisney de Souza Oliveira:

"O sistema brasileiro mais se aproxima do da persuasão racional, uma vez que o juiz tem grande liberdade na apreciação da prova, podendo buscá-la até de ofício. Além disso, são admitidos todos os meios de prova, desde que não sejam ilícitos e sejam moralmente legítimos (art. 332 do CPC). No entanto, do sistema legal ainda existem resquícios, embora mínimos, na legislação pátria. Por exemplo, segundo o an. 366 do CPC, "quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta".

Também é exemplo dos reflexos desse sistema o art. 134 do CC, que diz ser da substância do ato a escritura pública nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinquenta mil cruzeiros, excetuado o penhor agrícola e os pactos antenupciais. Além disso, o art. 405 do CPC estipula regras de impedimento e incapacidade de algumas pessoas, que não podem ser testemunhas.

Igualmente, o art. 62 do CPP diz que, para se decretar a extinção da punibilidade por morte, a prova deve ser exclusivamente a certidão de óbito do réu, não se aceitando outro meio probatório.

Muitas decisões de tribunais pátrios, especialmente em relação a preconceitos com a prova testemunhal, que já foi chamada de prostituta das provas, reconhecem ainda o sistema do tarificationamento, presente, por exemplo, nos seguintes julgados:

Súmula 149 do STJ: "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito da obtenção de benefício previdenciário".

3ª Câmara Cível do TJ do Paraná (Relator: Des. Luiz Perrotti. AP n. 14146/Curitiba, v.u., DJ, 17.ago.1998): "Contrato cujo valor exceda a dez vezes o salário mínimo não pode ter prova exclusivamente testemunhal".

*4ª Turma Cível do TJ do Distrito Federal (Relator: João Mariosa, AP n. 4505197, data da decisão: 20-11-1997, DJ. de 04.fev.1998. p. 67): "A ação de cobrança, fundada em contrato verbal, não pode se referir a valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país, diante do óbice previsto no artigo 401 do CPC. **maxime** se o início de prova por escrito que acompanha a inicial foi produzido unilateralmente pelo próprio autor, incorrendo a exceção preconizada pelo inciso I do artigo 402 do mencionado Diploma Legal. Recurso desprovido".*

Em sentido contrário, traz-se à colação julgado do Pleno do TRF da 5ª Região (Relator: Juiz Araken Mariz, Embargos Infringentes na AP n. 164733, data da decisão: 31-05-2000, v.u. DJ, 11.ago.2000. p. 418), que como grande número de julgados, perfilha o sistema da persuasão racional: "A jurisprudência vem admitindo a validade da prova exclusivamente testemunhal para comprovação de tempo de serviço para fins previdenciários, quando esta constitui meio idôneo a convencer o magistrado acerca da veracidade e da contemporaneidade dos fatos alegados. 2. O nosso ordenamento Jurídico consagrou o princípio da persuasão racional (CPC. art. 131), pelo qual o juiz formará o seu convencimento com liberdade no exame das provas, desde que baseado nos elementos probatórios demonstrados nos autos. 3. A prova testemunhal colhida com as devidas cautelas legais tem a mesma eficácia das demais provas".

18.16. O excerto trazido à baila demonstra a fragilidade das provas testemunhais, mesmo as produzidas em juízo. Como dito pelo articulista, o sistema jurídico brasileiro privilegia a persuasão racional do julgador, aceitando como válida; em algumas situações, as ditas provas testemunhais. No caso sob exame, apenas por hipótese, uma prova testemunhal produzida em juízo pode afrontar algum elemento dos presentes autos, o que não tem o condão de levar automaticamente à desconstituição da decisão afrontada, pois persistiria a necessidade do recorrente comprovar a boa e regular aplicação dos recursos, o que não foi conseguido até o presente momento.

18.17. Argumento: o recorrente apresenta o que entende por lealdade processual e como espera que o TCU atue na análise dos recursos.

18.18. Análise: novamente a questão apresentada não tem relação com os fatos apreciados no processo, não sendo pertinentes maiores debates.

18.19. Argumento: como último argumento deste tópico, foram reunidas as conclusões parciais e os pedidos:

"a) a prova do atendimento dos pressupostos processuais referente à legitimidade e à tempestividade;

b) a admissão das regras processuais da ação rescisória e da revisão criminal como paradigmas no exame teórico do Recurso de Revisão;

c) a ausência de doutrina de maior ressonância sobre o tema de revisão, como recurso específico dos Tribunais de Contas;

d) o entendimento sumulado da jurisprudência dessa Corte admitindo a possibilidade de adoção subsidiária das normas processuais civis;

e) a complexidade do caso e a ausência de rigor processual verificado no desenvolvimento do processo e na utilização de provas" (fls. 9/ 10, v. p. do anexo 1).

18.20. Os pedidos foram assim sintetizados:

"1º) que o recurso seja conhecido, vez que satisfeitos os pressupostos processuais;

2º) que os operadores deste processo, órgão instrutório, recorrente e julgador, para assegurar a certeza dos efeitos do devido processo legal, sirvam-se e limitem-se por regras do direito processual, quando houver lacuna nas normas específicas que regem a atuação dessa nobre Corte. Assim, o julgamento deste recurso conforme essas regras é o segundo pedido;

3º) a admissão de eventual saneamento, em caráter excepcional, é a síntese do terceiro pedido" (fl. 10, v. p. do anexo 1).

18.21. *Análise:* o primeiro pedido já foi atendido com o conhecimento do recurso pelo Ministro-Relator.

18.22. *Relativamente ao pedido que diante de lacuna na norma o TCU se limite às regras do direito processual, esse não deve prosperar. O entendimento é que o conjunto de normas forma um corpo normativo único, não sendo facultado aos interessados escolher quais normativos devem ser aplicados ou afastados no caso concreto. O certo é que, em razão do caráter pWlitivo de algumas decisões, o julgador não pode criar tipos não previstos no elenco normativo. Situação que não se identifica nos presentes autos. Segundo o artigo trazido à colação, os processos que tramitam no Brasil têm por princípio a persuasão racional do julgador.*

18.23. *Quanto ao último pedido, em razão do Tribunal ter garantido aos apenados o mais pleno direito ao contraditório e à ampla defesa, o que se comprova com a leitura dos autos, não cabe criar procedimento novo (saneamento eventual dos autos), vez que ensejaria distorção processual em relação aos outros julgados e enveredaria por seara fértil ao não encerramento dos feitos, sendo que este processo, como apontado pelo Relator do acórdão por meio do qual foram apreciados os Recursos de Reconsideração, a matéria vem sendo enfrentada pelo TCU há muito tempo. Não é só por isso, os responsáveis devem apresentar os seus argumentos de forma consistente e de uma única vez, não valendo do expediente protelatório de trazer aos autos as provas de maneira parcelada.*

19. *Das preliminares processuais.*

19.1. *Argumento:* o recorrente solicita que o recurso seja instruído por auditor que ainda não tenha atuado nos autos.

19.2. *Análise:* essa questão foi pacificada com o Despacho de fl. 16 do anexo 6, verbis: "Em relação à solicitação contida no item 7 - 4" do Recurso de Revisão do Grupo OK Construções e Incorporações Ltda., anoto que não cabe ao Relator do Processo designar Analistas (auditores) que atuarão na instrução de dado processo ou vetar a participação daqueles que já amaram em determinado feito. Observo, porém, que nenhum dos Analistas [auditores) que atuaram neste feito (DOC. J, anexo a esse recurso) estão lotados na SECOB ou na SERUR. Assim sendo, a pretensão do recorrente restará naturalmente atendida."

19.3. *Pelo exposto, o pedido formulado pelo recorrente encontra-se atendido.*

19.4. *Argumento:* integra as discussões de cunho processual debate atinente à nulidade do julgamento que não observa o devido processo legal.

19.5. *Análise:* no recurso interposto não há qualquer alegação ou prova de que na condução do TC 001.025/1998-8 tenha havido violação ao lídimo direito ao devido processo legal.

19.6. *Argumento:* na busca de demonstrar possível lesão aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da inversão do ônus da prova, o recorrente assevera que para se assegurar o contraditório deve-se conferir o direito de ter conhecimento de todos os arrazoados e de poder contestá-los.

19.7. A respeito da inversão do ônus da prova,' o apenado afirma que "quando a Cone imputa a responsabilidade solidária entre o gestor e um particular, o gestor ainda está com o dever de comprovar a legalidade e a regularidade dos atos que pratica, mas o particular não ... Diversamente, em relação ao particular, a Corte não só deve permitir a produção de provas, como tem o dever de provar o liame - ou seja, o vínculo, o nexo causal - entre o gestor público e o particular" (fl.16, v. p. do anexo 1).

19.8. O recorrente também reclama a impossibilidade de se indicar assistente para acompanhar os laudos de avaliação produzidos no decorrer deste processo, a falta de notificação para produzir quesitos e a ausência de oportunidade para contraditar os resultados e indicar testemunhas.

19.9. Análise: a prosperar o entendimento do recorrente para que lhe seja dado o direito de contestar todo e qualquer arrazoadado, a tendência é que o processo jamais termine. Mesmo no âmbito do Poder Judiciário as fases processuais são bem definidas, não configurando lesão ao contraditório a contestação de arrazoados de maneira extemporânea.

19.10. Novamente, o recorrente tem por obrigação o deve comprovar que os recursos foram regularmente aplicados na execução do contrato como meio de afastar a sua solidariedade, e não simplesmente afrontar os documentos apresentados nos autos.' Pode parecer que são coisas iguais, mas não são. Os interessados se defendem dos fatos, e não exclusivamente das provas. O responsável pode lograr êxito na reforma de uma decisão sem sequer mencionar as provas dos autos, bastando para isso comprovar de forma cabal que a gestão foi regular e não houve prejuízo ao erário com participação do particular responsabilizado solidariamente.

19.11. É equivocada a afirmação do recorrente sobre o fato de que a necessidade de comprovação da boa e regular aplicação dos recursos está limitada ao gestor, não sendo lícito demandar esse tipo de comprovação do particular. Se o particular estiver associado ao gestor na forma prevista na alínea 'b' do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/92, ele assume obrigações similares às do administrador público. O direito à produção de provas acontece por ocasião da citação, quando se instaura o contraditório. Se o legislador tivesse a intenção de dar tratamento diferenciado entre o gestor e o particular teria definido procedimentos distintos na Lei 8.443/92, o que não ocorreu. Em socorro a essa interpretação, é resgatado trecho do Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário, proferido em sede de Recurso de Reconsideração, oportunidade em que foi enfrentado o termo "responsável":

"43.2 Equivoca-se, uma vez mais, a recorrente, quando restringe o significado do termo 'responsável'. Como anteriormente consignado, o fato de o agente causador de dano ao erário não ser público em nada o exime de prestar contas ao TCU e, caso constatada irregularidade, ter suas contas julgadas irregulares, ser condenado em débito e multado. Assim o decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no RMS nº 10.043/RJ. E isso se dá por uma razão singela: não é a natureza do ente que delimita a competência fiscalizadora desta Corte, mas sim a origem dos recursos. Tanto isso é verdade, que a Constituição Federal, no parágrafo único de seu art. 70, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, dispõe:

Art. 70.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária."

19.12. Sobre o liame entre o recorrente e o gestor, via Incal Incorporações S/A, o Tribunal, dentre outras oportunidades, esclareceu no Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário:

"45.8 Tendo presente isso, impende ressaltar que foram comprovadas nos autos as seguintes ocorrências:

Constituição da /NCAL INCORPORAÇÕES S.A., em 19.02.92, com capital social de Cr\$ 1.000,000,00, ou seja, menos de US\$ 700.00 (fls. 40/42 do Volume 39);

Celebração de contrato de gaveta, em 21.02.92, antes da adjudicação do objeto da licitação à INCAL INCORPORAÇÕES S.A., no qual se tomou acionista majoritário da referida empresa o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A., com 90% das ações (fls. 27128 do Volume 39);

Registro de compra das ações pelo GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A, no Livro de Transferência de Ações Nominativas, conforme Termo de Transferência nº 3, no qual estão apostas as assinaturas de Luiz Estevão de Oliveira e Fábio Monteiro de Barros, tomando efetiva a transferência das ações, nos termos do an. 31, § 1º da Lei nº 6.404/76 (fl. 32 do Volume 39);

Admissão, pelo Sr. Luiz Estevão de Oliveira, Diretor-Presidente do GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A., da ocorrência do registro aludido no item anterior, quando, em discurso publicado no Diário do Senado Federal, asseverou: 'Alega o Ministério Público que, além do contrato citado, existe uma fotocópia não autenticada de um registro desse contrato num Livro de Transferências de Ações. Pode ter acontecido. Ninguém discute' (fl. 25 do Volume 35)."

19.13. Relativamente à apresentação de quesitos, acompanhamento de laudos, indicação de testemunhas e contraposição de resultados, esses procedimentos não estão previstos como obrigatórios ou suportáveis pelo TCU na condução dos autos sob sua jurisdição, não cabendo inovação nesse sentido. Contudo, é lícito às partes a apresentação de quaisquer documentos tendentes a comprovar o que alegam nas oportunidades em que são chamados a exercerem seus direitos de defesa e de contraditar, havendo desse modo o respeito ao devido processo legal.

19.14. Argumento: o recorrente vergasta também a conversão dos presentes autos em TCE. Assevera que as TCE possuem estrutura similar ao esquema lógico do Processo Penal, sendo uma fase interna, essa equivalente ao inquérito policial, com caráter meramente investigativo, e urna externa, neste havendo o julgamento propriamente dito. Afirma que a sistemática empregada pelo Tribunal não foi a mais adequada, haja vista que deveria ter determinado a instauração da TCE no TRT da 2ª Região ou no TST.

19.15. Análise: a alegação do apenado não merece prosperar. Os indícios de irregularidade foram levantados em processo deste Tribunal. Ao identificar a possibilidade de ter havido dano ao erário, o TCU, acertadamente, com base no art. 47 da Lei 8.443/92, determinou a conversão dos autos em TCE e a citação dos prováveis responsáveis (item "e" do Acórdão 45/99 - Plenário - fls. 343/342, v. II do v. p.), promovendo a regular instauração do contraditório. Por existir processo tratando da questão no TCU, não era justificável que o Tribunal determinasse a instauração de TCE no âmbito do TRT da 2ª Região, retomado a investigação ao primeiro estágio. Em relação à condução do processo no TST, essa medida é desprovida de amparo legal. Embora o art. 74 da Constituição Federal traga a previsão de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário mantenham sistema de controle interno integrado, isso não permite concluir que existe subordinação entre órgão de um Poder. É a construção que se faz com a leitura do art. 99 e o inciso I do art. 96, todos da Constituição Federal. A conclusão é que há autonomia administrativa e financeira entre os diferentes órgãos do Poder Judiciário. A aparente vinculação só se processa no campo meramente jurisdicional, ou seja, a capacidade de um órgão superior rever as decisões dos órgãos inferiores está limitada aos julgados. Essa faculdade nunca houve no campo administrativo. Apenas em 2004, bem depois da instauração deste processo, com a criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional 45, é que foi aberta a possibilidade do referido Conselho controlar a atuação administrativa e financeira dos órgãos que integram Poder Judiciário (§ 4º do art. 103-B da Carta Política), medida que não suprimiu os Controles Internos dos Tribunais e tampouco a competência desta Corte de Contas.

20. Da devolutividade do Recurso de Revisão.

20.1. Argumento: o recorrente solicita a concessão do efeito devolutivo ao recurso.

20.2. Análise: esse pleito já foi atendido.

21. Dos limites das alegações suscitadas e dos exames.

21.1. *Argumento: requer o apenado que no caso de não conhecimento do recurso sejam os elementos que ensejaram a decisão explicitados.*

21.2. *Análise: como preliminarmente o Relator conheceu do recurso, a questão está prejudicada.*

22. *Da indevida exclusão de responsabilidades no julgamento.*

22.1. *Argumento: o recorrente afirma que "no que concerne à responsabilidade dos ex-presidentes do TRT-SP, nos períodos de 1993-1994 e 1995-1996, os senhores JOSÉ VICTORJO MORO e RUBENS TAVARES AIDAR, respectivamente, verifica-se que foi ela excluída, com relação a esse débito especificamente, no Voto do Ministro ADHEMAR GHISI nos autos do TC001.025/1998-8, acolhido pelo E. Plenário pela Decisão n. 469/1999. Se a Corte, ao imputar o débito ao recorrente considerou a obra superfaturada e com indícios graves desde a licitação, que ocorreu em 1992, não há como sustentar a exclusão dos agentes públicos apontados no parágrafo anterior frente à torrencial jurisprudência dessa própria Corte" (fl. 2t v. p. do anexo 1).*

22.2. *Da mesma forma, o apenado pretende que volte a responder pelas irregularidades o engenheiro Gilberto Morand Paixão.*

22.3. *Análise: esse tipo de argumento não é recente, tendo sido enfrentado pelo TCU em diversas oportunidades nestes autos. Por ocasião da análise do Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Nicolau dos Santos Neto, a Unidade Técnica enfrentou o assunto, análise que passou a integrar o Relatório do Voto condutor do Acórdão 301/2001 - Plenário:*

"8.3 Convém salientar que tal questionamento foi apresentado pelo ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Sr. Délvio Buffulin, ao ser instado a se defender mediante citação determinada pela Decisão Plenária nº 1 591/2000 (Sessão Ordinária do dia 02.08.2000, Ata nº 3012000, TC nº 700.115/1996-0). Ao analisar suas alegações de defesa, conforme Relatório e Voto que fundamentam o Acórdão nº 163/2001-TCU-Plenário (TC nº 001.025/1998-8, Sessão Ordinária do dia JJ.07.2001, Ata nº 28/2001), o Exmo. Ministro-Relator, Lincoln Magalhães da Rocha, trouxe à colação pronunciamento do Exmo. Ministro Adhemar Paladini Ghisi sobre as conclusões da equipe de inspeção, acolhidas pelo E. Plenário por intermédio da Decisão nº 469/1999 (Sessão Ordinária do dia 28.07.1999, Ata nº 32/1999 - Plenário, nos autos do TC nº 001.025/1998-8), cujo excerto reproduzimos,ipsis litteris:

'No que tange à questão da responsabilidade, a equipe de inspeção trouxe um maior esclarecimento acerca da participação dos diversos dirigentes do TRT/SP quanto às irregularidades detectadas. Assim, retificando a posição anteriormente trazida a este Colegiado, considerou que não existem documentos suficientes para responsabilizar o Sr. José Victório Moro (ex-Presidente do TRT/SP no período de 15.09.92 a 14.09.94) pelas irregularidades apontadas; quanto a esse, destacou como ilegal apenas a utilização de crédito orçamentário indevidamente recebido do TRT/18ª Região. Creio que a gravidade deste fato deverá ser sopesada por ocasião do reexame das contas do TRT/SP no referido período (TC-700.282/1993-9), uma vez que o Ministério Público junto a este Tribunal já interpôs Recurso de Revisão pertinente.

8. Já no que concerne ao Sr. Rubens Tavares Aidar, assiste razão à equipe de inspeção quando comenta que o referido ex-Presidente deixou de dar cumprimento à determinação desta Corte por ocasião da primeira auditoria realizada no TRT/SP, ainda na Sessão do dia 08.05.96. Naquela oportunidade, apenas lembrando, o Plenário, seguindo o Voto condutor do Exmo. Sr. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, determinou ao Presidente daquele Órgão que adotasse providências urgentes no sentido de transferir as obras de construção do Fórum e o respectivo terreno para o nome daquele TRT e de dar prosseguimento às obras, em obediência rigorosa às normas e preceitos contidos na Lei nº 8.666/93 (Decisão nº 231/96-Plenário). Ora, o rigoroso cumprimento da Lei nº 8.666/93 exigia a imediata compatibilização entre o cronograma físico e financeiro e a cessação de qualquer pagamento antecipado. Mais ainda, exigia a clara definição dos projetos, descrição dos materiais e análise de custos. Veja-se, aliás, que a própria transferência das obras do terreno para o nome do TRT/SP somente veio a ocorrer após a sucessão do Sr. Rubens Aidar.

9. A utilização de créditos orçamentários indevidamente recebidos de outros Órgãos integrantes da Justiça trabalhista, de forma irregular, também ocorreu na gestão do Sr. Rubens Tavares Aidar.

Não obstante, igualmente ao que defendi no item 7 deste Voto, entendo que a avaliação da gravidade do mencionado descumprimento (e de uma possível aplicação de multa), bem assim da utilização indevida dos créditos orçamentários, poderá ser processar no respectivo processo de contas ordinárias (TC-700.109/97-8), reabertas em face de Recurso de Revisão interposto pelo Ministério Público.'

8.4. Dessume-se da minudente inspeção levada a efeito pela SECEXISP, que não há provas que permitam invocar a solidariedade dos ex-Presidentes do TRT/SP, Srs. José Victório Moro e Rubens Tavares Aidar. Do contrário, a imputação de responsabilidade por atos de que resultou dano ao erário implicaria partir de meras presunções de fatos, sem que estivessem patentes as condutas desses agentes a estabelecer o nexo de causalidade entre a irregularidade cometida e o evento danoso, o que iria de encontro às regras insculpidas nos arts. 895 e 1.518 do Código Civil."

22.4. O mesmo ocorre em relação ao Sr. Gilberto Morand Paixão, que teve a sua responsabilidade devidamente afastada. Os fundamentos podem ser revisitados em outro trecho do Relatório condutor do Acórdão 301/2001 - Plenário:

"25.11 No que range ao fato de o gestor haver se baseado no parecer do Engº Gilberto Morand Paixão, três peculiaridades, não mencionadas pelo recorrente, retiram desse argumento a eficácia para eximir de responsabilidade o Sr. Délvio Buffulin: 1) o já mencionado questionamento quanto à lisura da execução contratual, feito pelo TCU e pelo MPF (...); 2) a grave constatação de que a rubrica do referido engenheiro, na página de rosto do documento 'FUNDAMENTOS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO', como tendo-o aprovado, tratava-se de grosseira falsificação, fato comprovado pelo Eng. Morami, mediante laudo grafotécnico apresentado a este Tribunal; e 3) as negociações para a repactuação em foco já transcorriam em estágio avançado antes da contratação do Eng. Morand, ocorrida em 15/06/98 (...).

25.12 Segundo as alegações de defesa apresentadas pelo mencionado engenheiro (fls. 161145 do Anexo 1), por força da sua citação determinada na Decisão Plenária nº 591/2000, o seu parecer não visava a deliberar sobre o reequilíbrio econômico, até por falta de competência legal, mas tão-somente anotar eventuais impropriedades (...).

25.13 Em vista do informado, conclui-se implausível a tentativa do recorrente de escudar-se no parecer do Eng. Gilberto Morand Paixão para eximir-se de responsabilidade quanto à celebração do 4o. TA. "

22.5. É nítido o interesse do recorrente de tão' somente argumentar. Nenhum elemento novo que motive a revisão da decisão de afastar a responsabilidade das pessoas relacionadas anteriormente foi apresentado. O retorno aos autos de pessoas anteriormente citadas não pode ser fundamentado exclusivamente na irresignação dos apenados. O recorrente deveria ter apresentado provas que estabelecessem o liame entre os citados senhores e as irregularidades motivadoras da condenação, o que não ocorreu anteriormente no processo, tampouco nesta fase recursal. O afastamento da responsabilidade patrocinado por esta Corte deveu-se justamente à ausência de elementos que apontassem a participação dos agentes indicados.

22.6. Em face dessa inteligência, o recurso nesse ponto não deve ser provido.

23. Segunda conclusão parcial e dos pedidos.

23 .1. Argumento: o recorrente sintetiza a segunda conclusão, associada aos pedidos resultantes na seguinte forma:

"1º) a instrução do presente Recurso de Revisão por Analistas [auditores] diversos dos que já atuaram nos autos;

2º) a atribuição de efeito devolutivo a este recurso; juízo;

3º) a admissão, na forma do art. 162, do RI/TCU, de juntada de cópia de depoimentos em juízo;

4º) a anulação do julgamento rescindendo;

5º) não sendo acolhido o pleito anterior, a vista da natureza recursal própria da ampla revisão, permissão ao recorrente a contraditar a todo e qualquer elemento que vier a ser apresentado aos autos, sobre os quais não teve o interessado oportunidade de se manifestar, especialmente se forem consideradas novas provas e novos argumentos para contestar a pretensão do recorrente;

6º) seja revista a exclusão de responsabilidade dos ex-presidentes do TRT e do Engenheiro Gilberto Morand Paixão"(fl. 23, v. p. do anexo 6).

23.2. *Análise: todas as questões foram satisfatoriamente enfrentadas nos parágrafos precedentes. Apenas para argumentar, não há impedimento do recorrente trazer depoimentos produzidos em juízo na forma de documentos anexados ao recurso, o que não existe é a garantia de que sua origem seja determinante para o pronto acatamento daquilo que foi dito em juízo.*

23.3. *Ademais, o recorrente ainda não demonstrou existirem elementos que suportem o seu pedido de anulação do julgamento vergastado, pois nada foi provado, residindo o pleito apenas na seara da vontade.*

24. *Dos fatos considerados no julgamento rescindendo.*

24.1. *As alegações analisadas em parágrafos anteriores têm nítida natureza processual, diferente dos argumentos que se seguem, os quais possuem relação mais estreita com o mérito da condenação. Posto isso, e considerando a complexidade da matéria, é oportuno repisar os motivos da condenação dos responsáveis. Os fatos que levaram esta Corte de Contas a proferir a decisão ora debatida estão satisfatoriamente apresentados no Voto condutor da Decisão 469/1999 - Plenário (fls. 651/652, v II do v. p.), por meio da qual foram definidos os termos da citação:*

"-II-

3. *Consoante exposto no Relatório que antecede este Voto, tivemos a oportunidade, na Sessão de 05 de maio p.p., de revelar a este Colegiado as irregularidades que envolveram a construção do Fórum Trabalhista de São Paulo. Naquela ocasião, trouxemos a quantificação de um débito, calculado a partir da realidade até então conhecida. Assim é que o débito, então calculado em R\$ 57.374.209,84, correspondia tão-somente ao descompasso existente entre os cronogramas físico e financeiro da obra. Não se fez, naquela oportunidade, uma avaliação do custo da obra; não se falou, portanto, em superfaturamento ou na utilização de materiais de qualidade inferior àqueles contratados.*

4. *Ocorre que, conforme sugestão - oportuna - apresentada pelos eminentes Pares, acatada por este Relator, decidiu-se, ainda naquela Sessão de 05.05, por determinar a realização de inspeção no TRTISP para apurar "se efetivamente ocorreram danos decorrentes da construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, em valores superiores (...)" aos mencionados R\$ 57.374.209,84 (Acórdão nº 045/99-Plenário). Decidiu-se, também, por determinar ao TRT/SP que providenciasse a nulidade do contrato, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93, "em vista da diversidade de efeitos da declaração de nulidade e da rescisão unilateral do contrato".*

5. *Os resultados da inspeção não deixam dúvidas: a obra, no estado em que se encontra, possui o valor de R\$ 62.461.225,60 (sessenta e dois milhões, quatrocentos e sessenta e um mil, duzentos e vinte e cinco reais e sessenta centavos), incluído o respectivo terreno (em valores de abril de 1999). Esse seria o valor a ser desembolsado caso se pretendesse construir, hoje, obra idêntica, na mesma localidade.*

6. *Considerando que foram pagos pelo TRT - 2ª Região à empresa Inca[Incorporações S.A., pela referida obra, a importância correspondente a R\$ 231.953.176,75 (duzentos e trinta e um milhões, novecentos e cinquenta e três mil, cento e setenta e seis reais e setenta e cinco centavos), resta patente a necessidade de serem repostos aos cofres públicos os R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinquenta e um reais e quinze centavos), posto que constituem evidente parcela superfaturada "(grifos não existentes no original).*

24.2. *Em síntese, os responsáveis foram condenados solidariamente pelo superfaturamento de obra contratada pelo TR T da 2ª Região junto à Inca[Incorporações S/A, ou seja, irregularidades*

de natureza procedimental, como falha no processo licitatório, não foram determinantes nas condenações, essas resultantes de dano ao erário apurado. O segundo aspecto relevante é que o montante do débito é fruto do confronto daquilo que foi pago para a construtora (R\$ 231.953.176,75) com o quanto seria necessário para a realização do trabalho executado (R\$ 62.461.225,60), incluindo o valor do terreno. Oportuno registrar que no primeiro levantamento a sistemática consistiu na discrepância entre a execução física e a execução financeira, não apreciando inicialmente o custo da parte da obra executada, o que justifica o valor da primeira citação de R\$ 57.374.209,84, montante corrigido posteriormente.

24.3. Mesmo assim todos os argumentos do recurso serão analisados, inclusive aqueles que sequer tangenciam os fundamentos da condenação.

25. Dos fatos considerados no julgamento rescindendo.

25.1. Argumento: o recorrente anota três grupos de irregularidades: "a) causa indireta da irregularidade: a ilegalidade do contrato de natureza privada, de compra e venda, licitado de forma indefinida e subjetiva; b) causa direta de lesão ao erário: sobrevalorização de preço e descompasso entre a parcela executada do empreendimento em relação à parcela do valor pago; c) causa indireta de imputação do débito, em caráter solidário, ao recorrente: a inferida relação de participação acionária e a transferência de valores do ato ilícito, em proveito do mesmo" (fls. 23/24, v. p. do anexo 1).

25.2. Análise: na linha da situação fática apresentada anteriormente, cabe esclarecer que irregularidade no processo de licitação e no contrato avençado, não tendo sido verificado dano, ensejaria determinação ou recomendação ao contratante e, a depender da gravidade do fato, aplicação da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/92, limitando os efeitos do acórdão ao gestor e à entidade licitante.

25.3. A irregularidade apontada na alínea "b", essa sim, é fundamento para a condenação em débito. O elenco probatório lançado nos autos sob exame indica superfaturamento das obras executadas e pagamento indevido, em patente antecipação de pagamento.

25.4. A inclusão do recorrente como responsável solidário resulta do seu favorecimento com a prática das irregularidades.

25.5. Como se vê, o único reparo nas irregularidades apontadas pelo recorrente deve-se ao fato de a causa indireta apontada por ele, de per si, não ter contribuído para a sua condenação solidária.

26. Do contrato de natureza privada.

26.1. Argumento: o recorrente afirma que suas razões não foram consideradas. O TCU não fundamentou a desconsideração de entendimento uniforme na jurisprudência, na doutrina e no próprio Tribunal de Contas da União, não sendo suficiente negar uma tese, cabendo revelar a norma ou esclarecer o entendimento aplicado.

26.2. Sob esse tema, o recorrente tenta demonstrar que o enquadramento da avença como contrato de natureza privada é mais vantajoso para o poder público. Afirma que "se for entendido que era mesmo um contrato de compra, há que se reconhecer - na atualidade é fato incontroverso - que todos os pagamentos foram realizados com o atraso e que não havia descompasso entre cronograma físico-financeiro, simplesmente porque inexistente esse e não era obrigatória sua existência" (fl. 25, v. p. do anexo 1).

26.3. Afirma que a forma de licitação escolhida visou flexibilizar e ampliar a competição, o que levou a definir o objeto como aquisição de imóvel pronto, em conclusão ou a construir. Opção adotada pelo TRT por não dispor de terreno.

26.4. Análise: o primeiro ponto a ser reforçado diz respeito ao fato de que a condenação em débito não é fruto da natureza contratual. Se o recorrente tivesse executado um contrato de natureza privada sem superfaturamento, isso não seria motivo para a condenação em débito, provavelmente seria aplicada ao gestor a multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/92.

26.5. Antes de vergastar o argumento do recorrente de que suas razões não foram consideradas, é oportuno lembrar que o direito brasileiro é composto de normas, doutrinas e jurisprudência mutáveis, refletindo a própria alteração das relações humanas e valores de uma sociedade. É assim que a doutrina e a jurisprudência auxiliam na formação do livre convencimento do julgador, mas não o obriga a acatar de plano os precedentes, não sendo obrigatória a indicação dos motivos pelo qual ele desconsiderou essa ou aquela fonte do direito. O que é defeso ao julgador é a prolação de sentença sem a fundamentação legal e os motivos de decidir, falhas que não estão presentes nas deliberações deste processo.

26.6. O relembrar de trechos de decisões proferidas anteriormente não implica em ausência de análise dos argumentos apresentados pelo interessado em sede recursal. A devolutividade plena do Recurso de Revisão não desconstitui de pronto as análises validamente produzidas. Dessa forma, resgata-se trecho do Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário, na parte em que são analisados os argumentos afetos à natureza jurídica do contrato, esses reapresentados pelo ora recorrente:

"30.5. Insiste a recorrente em buscar trazer o exame da questão para a órbita do direito privado, a despeito de essa tese ter sido devidamente refutada em sede do TC-700.731/92-0 (Decisão nº 231/96-TCU-Plenário), após exaustiva análise da natureza jurídica do contrato em tela. Nessa assentada, restou assente que se configura, na espécie, contrato de obra e não uma simples aquisição de imóvel. Esse entendimento foi ratificado nos Acórdãos nº 045/1999 e 298/2000-TCU-Plenário, exaurindo-se qualquer dúvida sobre a questão.

30.6. Convém, nesse ponto, transcrever os principais trechos do Voto condutor da Decisão nº 231/96-TCU-Plenário, in verbis:

'71. Então, como se vê, não se trata de uma simples aquisição de imóvel, mas de objeto contendo várias hipóteses de oferta, com amplitude de atividades, envolvendo situações diferentes em cada uma delas. Isto é, amplo, complexo, diversificado, confuso e sem qualquer objetividade (. . .)

74. Tecendo ainda comentários a respeito do mesmo assunto, o Professor José Afonso da Silva, a certa altura, afirmou: "(...) No caso em tela, a contratada vai executar obra de construção privada em seu terreno e por conta própria e só depois de pronto o imóvel, com o competente 'Habite-se', será definitivamente transferido para o contratante, quando, então, se transformará em bem público de uso especial (Cód. Civil, art. 66, II)'.

75. O equívoco aí está exatamente na afirmação de que as obras seriam construídas por conta própria da contratada (INCAL), o que não condiz com a realidade, visto que dependiam, exclusivamente, dos recursos do órgão contratante (TRT). Situação bem diferente da que ocorre, quando se trata de construção pelo setor privado de um edifício de apartamentos ou de salas comerciais (...) tendo em vista que o prosseguimento das obras não ficaria a depender exclusivamente dos recursos dos adquirentes, que haviam assinado um documento caracterizado como "promessa de compra e venda futura".

(...)

87. Realmente o mal começou pela raiz e maculou todas as etapas do processo licitatório. Assim, a ausência de prévio projeto básico de engenharia (art. 6º DL nº 2.300/86); a não inclusão do investimento no Plano Plurianual (art. 167, § 1º da C.F.); a inclusão de cláusulas contratuais que beneficiam apenas uma das partes em detrimento da Administração - financiadora da quase totalidade do serviço; a previsão de multa à contratante; a habilitação indevida da licitante, infringindo o disposto no art. 25, § 2º item 1, do DL 2.300/86 e o art. 6º alíneas "a" e "b", da Lei nº 5.194/66, e muitas outras falhas (...).

88. Os defensores da INCAL INCORPORAÇÕES S.A. ressaltaram, que é inegável a existência da figura da "compra e venda de coisa futura", consoante prevê o inciso III do art. 14 do DL nº 2.300/86, que está perfeitamente agasalhada no Código Civil Brasileiro (art. 1.122). Da mesma forma, enfatizaram que a Doutrina entende que a compra e venda de imóveis deve reger-se pelas

normas de direito privado, atuando a Administração como se particular fosse, sem supremacia de poder.

89. *A questão dispensaria qualquer reparo deste Tribunal, caso a situação aqui exaustivamente examinada não envolvesse outros aspectos importantes a considerar, principalmente o alto risco da Administração que, ao mesmo tempo em que atuou como se particular fosse - sem supremacia de poder - agiu na condição de personalidade pública, assumindo graves riscos na qualidade de financiadora das obras (...).*

90. *Ficou largamente comprovado nos autos que o contrato sob exame não tratou de uma simples "aquisição de imóvel", mas de uma complexa transação envolvendo compra de terreno e obras de engenharia para construção de um monumental edifício.*

91. *Em momento algum da análise da matéria este Tribunal levantou qualquer restrição quanto à necessidade e conveniência da instalação do Fórum Trabalhista, questão está inteiramente dentro da discricionariedade administrativa. Tanto os Inspectores da SECEX-SP, quanto os Auditores da SAUDI, limitaram seu exame aos aspectos da legalidade, da legitimidade e da economicidade, nos termos constitucionais em vigor.*

[omissis]

99. *Conclui-se, então, que os contratos privados são regulados pelo Código Civil e pelo Código Comercial; e os contratos da Administração Pública são regidos por leis específicas, respeitados os princípios constitucionais em vigor.*

100. *No caso concreto sob exame, ante a presença do TRT-SP, o Decreto-lei nº 2.300/86 (então vigente), impunha às partes obediência aos preceitos nele inseridos, não cabendo buscar fundamento legal nos Códigos supracitados. Trata-se, então, de um procedimento administrativo totalmente desaconselhável e que não deve servir de estímulo ou exemplo a nenhum órgão da Administração Pública Federal.(...)'*

[omissis]

30.10 *O Como se isso não bastasse, trazemos a lume robustas evidências constantes dos autos a revelar que a tese insistentemente defendida pela recorrente não pode subsistir, "sob pena de se abrir um precedente que aniquilaria de vez com as licitações. Os entes públicos poderiam, em tese, contratar aquisição de 'coisa para entrega futura', figura esta totalmente estranha à Administração Pública, mormente em se considerando que seria, como o foi no presente caso, custeada tal 'coisa futura' com recursos públicos'.*

30.11 *Acrescente-se que, conforme salientado por ocasião do exame das alegações de defesa apresentadas pela Inca/ Incorporações SIA, 97 % do valor do contrato referia-se aos projetos e obras, sendo, portanto, no mínimo, temerário deixar de aplicar o Estatuto das Licitações e Contratos então vigente, para intentar a celebração de um ajuste sui generis, à luz das regras do direito civil.*

30.12 *Merece ser transcrito o seguinte trecho do referido exame das alegações de defesa, in verbis:*

"Não é demais lembrar que a aquisição do terreno ocorreu apenas em 19.08.92 (fls. 166/171 do TC 700.231/1992-0), portanto, posteriormente ao início dos pagamentos pelo TRTISP (a partir de 10.04.92), e anteriormente à celebração da Escritura de Compromisso de Venda e Compra (datada de 14.09.92).

Outrossim, deve-se considerar que a construção foi iniciada somente após decorrido mais de um ano do início dos pagamentos, vale dizer, com recursos do Erário. Tal característica 'peculiar' evidentemente não se coaduna com a natureza do contrato de compromisso de venda, nos moldes do direito civil, como pretende a Inca/ Incorporações SIA.

Ademais disso, caso realmente se tratasse de um contrato de direito civil, um particular qualquer que figurasse como parte jamais entregaria antecipadamente à contratada a fabulosa quantia de US\$ 22 milhões, à título de entrada, para ser utilizada durante mais de um ano, da forma que melhor lhe aprouvesse, sem nenhuma contraprestação de serviços (...), conforme restou

discutido à exaustão no TC 700.731/92-0. Conclui-se, pois, que só mesmo estando presente a má-fé para se aceitar uma anomalia dessa natureza. '

30.13 Diante dessas robustas evidências, conforme salientou o Exmo. Sr. Ministro-Relator no Voto condutor do Acórdão nº 163/2001 - TCU - Plenário, "impossível associar à conduta do TRT2ª Região, quando da definição dos procedimentos licitatórios regulados pelo Edital de Concorrência 01/92, que vieram a culminar na contratação da empresa Incal Incorporações S/A, sob a pretendida regência do direito privado, qualquer embasamento capaz de fundar, em relação a essa prática, a prerrogativa de uso do poder discricionário posto ao alcance de seu então dirigente' "(grifos não existentes no original).

26.7. Não há reparo a ser feito na análise empreendida por ocasião do exame dos Recursos de Reconsideração. Ficou evidente que em mais de uma ocasião o TCU enfrentou as questões e de formal cabal afastou a possibilidade do contrato celebrado ter natureza privada, em afronta aos interesses públicos.

26.8. Considerando que a questão, partindo da análise dos normativos que disciplinam os procedimentos licitatórios, já foi suficientemente debatida, apresenta-se análise que leva em consideração tão somente as normas orçamentárias, chegando-se também à conclusão que a forma de contratação empreendida não é tolerada pelas regras do direito administrativo.

26.9. Ponto basilar da discussão está no fato de que toda e qualquer despesa pretendida por órgãos e entidades precisa constar das peças orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias anuais). Nesses instrumentos orçamentários, a despesa recebe uma classificação, comumente chamada de classificação orçamentária ou categoria de programação, que segundo Osvaldo Maldonado Sanches (in: Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas Afins. 1ª Ed. Brasília: Prisma, 1997, PP 42/43) "endente-se como tal cada um dos vários níveis da estrutura taxionômica utilizada para sistematizar o programa de trabalho (conjunto de serviços e ações) sob a responsabilidade de uma unidade orçamentária. As categorias de programação podem estruturar-se em diferentes agregados ... ". Deflui do texto constitucional (inciso VI do art. 167 da CF de 1988) a vedação da transposição, do remanejamento ou da transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para o outro, sem prévia autorização legislativa. Tal restrição impede que o gestor execute as despesas ao sabor do seu alvedrio. É necessário que ele apresente uma proposta de gestão, corporificada nas leis orçamentárias, e que o Congresso Nacional lhe avalize a proposta.

26.10. Vale lembra que o orçamento é instrumento de planejamento para ações de longo (PPA), médio (LDO) e curto prazo (LOA). Esses instrumentos são fundamentais na definição e operacionalização das políticas monetária, econômica, fiscal, social e outras. É o que se pode extrair do art. 165 da Carta Política.

26.11. Segundo disposição do art. 12 da Lei 4.320/64, a despesa deverá receber classificação com base na categoria econômica. No que interessa ao caso sob exame, cabe resgatar da Lei 4.320/64 as definições de "investimentos" e "inversões financeiras":

"Art. 12 ...

[omissis]

§ 4º Classificam-se como Investimentos as dotações para planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento de capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro.

§ 5º Classificam-se como Inversões Financeiras as dotações destinadas a:

I. Aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização; (grifos não existentes no original).

26.12. J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis (in: *A lei 4.320 Comentada - Com a Introdução de comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 30ª Ed. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Ibm, 2000, PP 40/41) comentam a diferença entre "investimentos" e "inversões financeiras":

"... A distinção entre Inversões Financeiras e Investimentos é puramente econômica e, como vimos, nem sempre a Lei 4.320 segue estritamente o atributo econômico para a classificação, variando na busca de uma solução mais pragmática. Investimento seria toda aquela despesa de capital que geraria serviços e, em consequência, acréscimo ao Produto Interno Bruto. A Inversão Financeira, por sua vez, seria a despesa de capital que, ao contrário de Investimentos, não geraria serviços e incremento ao Produto Interno Bruto. Assim, a aquisição de um prédio já pronto para instalação de um serviço público é Inversão Financeira, pois se mudou a estrutura de propriedade do bem, mas não a composição do Produto Interno Bruto (PIB) ..." (grifos não existentes no original).

26.13. Em regra, as classificações programáticas, quando dizem respeito a imóveis, admitem a designação de construção, ampliação, reforma ou aquisição, e dentro destas a elementação da despesa em "investimentos" ou "inversões financeira". Posto isso, resta evidente que as regras de classificação orçamentária não comportam o enquadramento do tipo "aquisição de imóvel pronto, em conclusão ou a construir", como no caso concreto. Aquisição de imóvel pronto é uma ação tipicamente de "inversão financeira", por haver presunção de que está pronto para a ocupação, ao passo que em conclusão ou a construir são edificações que ainda não existem no universo econômico, ou seja, são classificadas como "investimentos", representado acréscimo ao PIB.

26.14. Duas eram as alternativas mais viáveis para solucionar a necessidade predial do TRT de São Paulo. A primeira seria a compra de um bem em um programa do tipo aquisição de imóvel (inversões financeiras), e, caso fossem necessários alguns ajustes, a ampliação ou a reforma do bem em programa próprio. A outra alternativa seria a construção do prédio (investimento), com a dotação sendo alocada em um programa de construção do edifício sede, ou algo similar. Oportuno relembrar que, segundo a Lei 4.320/64, nesta segunda alternativa, a necessidade de se adquirir um imóvel para a construção predial não descaracteriza a natureza de investimento.

26.15. Em razão do debate realizado, mesmo se houvesse a possibilidade de licitação na forma concebida pelo TRT de São Paulo, o que já foi amplamente afastado pelo TCU, haveria dificuldade, diante da amplitude do objeto, de se encontrar uma classificação orçamentária aceita pelas normas de direito financeiro.

26.16. Essa é uma visão sob outro enfoque que demonstra a inadequação da concepção do contrato na forma como foi celebrado.

27. Da aceitação da tese do contrato de natureza privada.

27.1. Argumento: o recorrente relaciona alguns doutrinadores que aceitam ou aceitaram a tese do contrato de natureza privada. Nesse sentido, tenta arrimar a forma escolhida em manifestações desse tipo.

27.2. Análise: vale-se da doutrina apresentada pelo recorrente, lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (fl. 28, v. p. do anexo 1), para afastar a pertinência da natureza privada do contrato celebrado:

"Contratos de direito privado da administração;

'Contratos administrativos'.

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo direito privado e os segundos reger-se-iam pelo direito administrativo. Assim, como exemplo os primeiros, tem-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública, etc. exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso do bem público" (grifo não existente no original).

27.3. Sobreleva da lição colocada em destaque o enquadramento do contrato de obra pública como contrato administrativo, e não entre os contratos de direito privado celebrado pela Administração. Só cabe falar em sujeição da Administração Pública às regras de direito privado se a sua atuação dentro das prerrogativas que lhe são peculiares implicar em interferência indevida no

patrimônio ou direito do particular. O caso mais lembrado é o da locação de um imóvel pelo Poder Público. O proprietário do bem pode se recusar a celebrar o contrato, assim como tem o direito de definir as cláusulas contratuais, desde que não sejam abusivas. Mesmo nesta situação, há determinados direitos que a administração não pode abrir mão.

28. Do auxílio de intérpretes externos.

28.1. *Argumento:* em destaque neste ponto, o argumento do recorrente de que "é nesse contexto que surpreende, até hoje, o fato de o entendimento acolhido pelas autoridades do TRT mesmo estando sustentado na análise dos maiores juristas do Brasil, em Direito Administrativo, ter sido relegado, mesmo quando recebeu o beneplácito do profissional contratado para dirimir a controvérsia" (fl. 31, v. p. do anexo I).

28.2. *Análise:* nada de novo é apresentado pelo recorrente. Como apontado anteriormente, não foi a forma o elemento determinante para a condenação em débito, mas a identificação de superfaturamento na execução do contrato. Mesmo assim o apenado retorna em sede de Recurso de - Revisão tese amplamente debatida, inclusive em parágrafos anteriores.

29. Dos precedentes contratos idênticos.

29.1. *Argumento:* o recorrente reclama da mudança de paradigma do TCU e aponta a ausência de licitação em processos de aquisição celebrados pelos TRT de MG e do RS.

29.2. *Análise:* mais um equívoco é cometido pelo recorrente. Se uma repartição pública tem a necessidade de se instalar em uma dada localidade, não se justifica a abertura de processo licitatório para aquisição com a possibilidade de qualquer imóvel da cidade ser ofertado. Neste tipo de situação há dentro do campo da discricionariedade do gestor a possibilidade de escolher o edifício que melhor se adequa às necessidades no local pretendido. Não é essa a situação identificada no caso concreto, em que o TRT de São Paulo, sem ter o terreno, firmou um contrato de aquisição em forma não prevista em lei para que o contratado entregasse um bem em um terreno que ainda não era de propriedade do contratado. Nada de similar com o instituto da "inversão financeira" explicado anteriormente.

30. Do contrato a preço fechado.

30.1. *Argumento:* nesse tópico o recorrente alega que mais de uma vez teve que arcar com prejuízos resultantes de mudanças no projeto básico, posto o contrato ser do tipo preço fechado. Segundo ele, a alteração processada em razão da determinação do TCU deu azo ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro. "De fato, se a preço fechado, mesmo que se desse o reequilíbrio econômico-financeiro - em decorrência dos atrasos de pagamentos do TRT/SP, a Inca/ terminaria o prédio por R\$ 23.939.782,60. É consabido que a conclusão do prédio custou R\$ 74 milhões" (fl. 32, v. p. do anexo I).

30.2. *Análise:* o argumento do responsável é contraditório. Se ele afirma que foi a mudança da forma "preço fechado" que deu margem para o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, como mais adiante ele afirma que caberia o pedido de reequilíbrio em razão de atrasos no pagamento? O que importa na relação entre as partes é a lealdade contratual, e o instituto do reequilíbrio busca evitar que exista enriquecimento indevido de uma das partes.

30.3. O argumento da Inca de que despenderia apenas R\$ 23.939.783,60 para concluir a obra é hipotético, por não haver nos autos elementos que confirmem essa afirmação. Ademais, R\$ 23.939.783,60 mais o valor da condenação (R\$ 169.491.951,15) totaliza um custo de R\$ 193.431.733,75, sendo que a forma correta de se comparar com o custo efetivo do término da obra é o referido custo total (R\$ 193.431.733,75) cotejado com os R\$ 74 milhões empregados na conclusão. Economia de aproximadamente R\$ 119 milhões. Esse exercício, além de desautorizar a alegação do recorrente, serve para alertar que a leitura de número em contextos construídos pode ser bastante falaciosa.

30.4. No mais, é difícil acolher o argumento apresentado pelo recorrente de que se tratava de contrato a preço fechado.

31. Da não aceitação da tese do contrato de natureza privada.

31.1. *Argumento: o recorrente afirma que em se tratando de contrato de natureza privada não há possibilidade de cláusulas exorbitantes, cabendo modificação apenas pela via judicial, não existindo competência do TCU para alterar unilateralmente o contrato.*

31.2. *Análise: observe que o TCU, diante das irregularidades na execução contratual, determinou ao contratante a adoção de providências. Em momento algum o Tribunal substituiu o contratante, praticando ele pessoalmente as glosas e os reparos requeridos pela situação. Assim, novamente, nada de relevante foi apresentado com vistas a modificar o acórdão debatido.*

32. Dos efeitos do tipo do contrato sobre o preço.

32.1. *Argumento: o recorrente defende que a mudança do contrato do regime privado para o regime administração implica na mudança dos custos computados na proposta.*

32.1. *Análise: acredita-se que a questão de diferença de preços praticados nas vendas ao setor público em comparação com as transações celebradas entre pessoas de direito privado não está no tipo de contrato celebrado, mas na natureza dos agentes. Como os pagamentos das despesas das entidades públicas são consumados após um rito próprio, por vezes demorado, em um cenário de inflação alta é natural que os proponentes embutam no preço a expectativa de inflação.*

32.2. *Com a estabilidade econômica proporcionada pelo Plano Real, as diferenças de preços entre as vendas ao setor público e ao setor privado diminuiriam.*

32.3. *Por oportuno, a concorrência que levou à contratação debatida ocorreu em 1992, antes do Plano Real. Essa constatação reforça a inviabilidade de celebração a preço fechado, como aduziu o recorrente, para uma execução diferida. Considerando o cenário de inflação que se vivia à época, dificilmente não haveria a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro na execução de uma obra do tamanho da que foi contratada. Esse é mais um aspecto a ser levado em consideração no caso vertente.*

33. Da ordem para mudar a natureza da relação contratual.

33.1. *Argumento: o recorrente aduz que a ordem para a conversão contratual, proferida pelo TCU, essa dirigida ao TRT de São Paulo, impôs ao referido tribunal do trabalho a prática de ato manifestamente ilegal. Nessa ordem, cita a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio no MS 23.560-8. Mais adiante, o apenado apresenta o resultado do referido MS, que não foi provido, em razão do STF entender que o TCU tão-somente determinou ao TRT da 2ª Região a anulação do contrato.*

33.2. *Análise: por certo, seja na esfera privada ou pública, as pessoas que assumiram compromissos assentados em contrato têm o direito de denunciar o termo avençado (ver art. 472 e 473 do CC). No caso concreto, considerando não serem compatíveis a execução física em relação à financeira, e haver a identificação de irregularidades resultantes de superfaturamento, o que leva à onerosidade excessiva, na força dos arts. 476 a 480 do Novo Código Civil, o contratante encontra meios para promover a alteração ou o distrato do contrato. Persistir na execução de contrato que nitidamente apresenta desequilíbrio em favor de uma parte é fomentar o enriquecimento sem causa, situação também reprovada pelo Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos.*

33.3. *Como se vê, mesmo se a discussão for travada exclusivamente na seara civil, a determinação proferida pelo TCU encontra acolhida. Dessa forma, é de clareza solar a impertinência da linha argumentativa adotada pelo recorrente.*

34. Da terminologia correta: obra ou empreendimento?

34.1. *Argumento: o recorrente aponta que em diversas oportunidades a edificação é tratada como empreendimento. Para ele se tivesse sido contratada uma obra haveria a incidência plena da lei de licitações, mas o que há é um empreendimento imobiliário, o que exige empresário com capacidade de investimento e posse do terreno, ou direito a futura posse do terreno.*

34.2. *Análise: neste tópico o que o recorrente tenta realizar é um jogo conceitual com o firme propósito de justificar o inaceitável. Sempre é oportuno lembrar que uma coisa se identifica em razão de sua essência, e não do nome que alguém lhe atribui. Essa é a realidade presente no caso concreto. Todas as características do objeto contratado indicam uma ação de construção de edifício*

sede para abrigar instalações do TRT da 2ª Região, mesmo que no curso do processo tenha sido tratado por empreendimento e esse vernáculo possua acepção diversa.

34.3. Posto isso, a conclusão só pode ser uma, o argumento apresentado pelo recorrente em nada contribui para a discussão.

35. Dos fatos novos e respectivas provas.

35.1. Argumento: o recorrente aponta como fato novo o relatório do perito econômico Luiz Roberto Brandão Pires. Reproduz trecho do trabalho do referido economista na parte onde ele, dentre outras coisas, afirma que "se bem analisarmos o Edital de Concorrência, as Escrituras e os Aditivos, podemos afirmar que o TRT não contratou uma empreiteira para construir uma obra, o TRT comprou um prédio para entrega futura mediante as condições estabelecidas no Edital e nas Escrituras e Aditivos. Constata-se também que o TRT não cumpriu uma vez sequer os cronogramas de pagamentos estabelecidos... Fica, portanto, difícil de concluir se houve um adiantamento dos pagamentos diante da execução física da obra. No meu entender houve sim um atraso constante por parte do TRT nos pagamentos contratados que impossibilitou o andamento normal da execução do projeto" (fl. 39, v. p. do anexo I.)

35.2. Análise: o Sr. Luiz Roberto Brandão Pires, perito do juízo na área econômica, segundo o recorrente, após analisar o edital da concorrência, as escrituras e os termos aditivos, concluiu tratar-se de contratação para entrega futura, e não empreitada para construir uma obra. Tal conclusão não é matéria afeta ao ramo econômico. O profissional melhor habilitado para proferir esse tipo de conclusão é o bacharel em direito. Para se chegar a uma conclusão dessa natureza é necessário confrontar a documentação produzida e a situação fática com o elenco normativo e os costumes normalmente aceitos. Ocorre que da leitura da conclusão do trabalho realizado pelo economista (fls. 180/181, v. p. do anexo I), exsurge o sentir de que de fato ele não quis adentrar nesta seara:

"Fica claro que pelo Edital de Concorrência 01/92, o TRT realizou uma licitação para a aquisição de um imóvel pronto, ou em construção, ou a construir adequado para a instalação das Juntas de Conciliação da Cidade de São Paulo. Não foi uma contratação de uma empreiteira para realizar um projeto. Essa forma de licitação pública, apesar de não usual, seguiu seu trâmite normalmente, não há registro da época, que alguém ou algum órgão Público ou Privado tenham questionado ou tentado impugnar essa licitação. Apesar de tudo que agora está sendo questionado da licitação - preço de aquisição, falta total de garantias e maior capacidade técnica e econômica financeira dos participantes-, o processo foi em frente e a vencedora foi a IncaAlumínio que adjudicou para a Inca Incorporações.

Temos portanto, em termos de cálculos, que realizar o definido no contrato ou escritura de compromisso de venda e compra, firmando em 14/09/1992. Pega-se o valor de aquisição do imóvel, vamos corrigindo esse valor até as datas de cada pagamento, quando de cada pagamento, abate-se o saldo devedor e assim em diante até que esse saldo seja totalmente liquidado.

[omissis]

Outra questão abordada pelas partes e que ficou sem resposta foi o que concerne aos gastos totais (custo e despesas, históricas e atualizadas) que a Inca/, Ikal e Monteiro de Barros Construt., tiveram com o empreendimento. Já expliquei que seria necessário reunir os livros e toda documentação dessas empresas no período que vai de 1992 a 1998. Se este Juízo e as partes considerarem de fundamental importância este levantamento, seria necessário reunir toda essa documentação, definir um prazo mínimo para esse trabalho, que acredito não ser menor do que 60 dias (trabalho em tempo integral) e evidentemente tratarmos dos honorários correspondentes a essa e empreita" (grifos não existentes no original).

35.3. O trecho transcrito deixa evidente que a análise do perito não afasta os fundamentos da condenação. A metodologia empregada pelo analista econômico consistiu na atualização monetária do valor original do contrato até a data de cada pagamento, quando do montante é subtraído o valor pago, prosseguindo na atualização até o próximo pagamento. Observe que com essa

sistemática o perito parte de pressuposto de que todos os pagamentos efetuados eram devidos, sendo que nos presentes autos restou comprovado que não eram. Ele não realiza qualquer análise de compatibilidade entre aquilo que foi efetivamente gasto na execução da obra e o valor pago pelo TRT de São Paulo. Corrobora essa afirmação trecho colocado em destaque, no qual o perito afirma que ficou sem resposta o questionamento sobre os gastos totais da Incal, Ikal e Grupo Monteiro de Barros com as obras dos cartórios trabalhistas.

35.4. Assim sendo, o trabalho do Sr. Luiz Roberto Brandão Pires, em relação ao caso concreto, constitui tão somente exercício econômico acerca de valores, haja vista que o âmago do problema, incompatibilidade entre os custos das obras realizadas e os pagamentos, não fez parte da análise realizada pelo referido economista.

35.5. Argumento: o recorrente aduz que "outro argumento novo que se traz ao debate é o fato de existir uniforme entendimento sobre a tese do contrato de direito privado. Não foi só neste processo que o Tribunal aceitou o contrato de natureza privada, mas em outros anteriores. Como dito - e provado - o TCU julgou regulares as contas envolvendo esse tipo de contrato em pelo menos duas outras oportunidades. Aliás, em nenhum outro momento apresentou contrariedade a essa natureza obrigacional. Poucos anos antes da contratação da obra do TRT/SP, os Tribunais Regionais do Trabalho do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais contrataram empreendimentos, sem licitação, em terrenos de particulares para construir a obra ... O princípio da segurança jurídica não obriga apenas a preservar o ato jurídico perfeito, mas também impõe ao magistrado e aos que julgam o dever de observar a jurisprudência do órgão em que se inserem" (fl. 39/40, v. p. do anexo 1) (grifos não existentes no original).

35.6. Análise: o simples folhear do processo demonstra ser inverídica a alegação de que a natureza do contrato celebrado constitui argumento novo. Mais uma vez se reafirma ser inadequado o entendimento de que o contrato celebrado possui natureza de direito privado.

35.7. Relativamente ao argumento de que no passado o TCU acolheu forma de contratação similar ao praticado pelo TRT de São Paulo, tendo apresentado documentos lavrados em favor dos Tribunais Regionais do Trabalho do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais, essa matéria já foi vergastada por ocasião do debate acerca da classificação orçamentária. Segundo a legislação financeira a aquisição de um imóvel para ocupação com construção predial é normal fase de despesa do tipo "investimentos". Se for para ocupação direta é uma "inversão financeira". Independente do tipo de despesa, a depender da localidade onde a entidade pública precisar se instalar, a compra é realizada apenas com a pesquisa de preço, sem a realização de processo licitatório. Das escrituras (fls. 146/161, v. p. do anexo 1) não é possível inferir a natureza do negócio, não ficando evidenciada a alegada similaridade apontada pelo recorrente.

35.8. Por fim, é questionável a leitura que o recorrente faz do instituto do ato jurídico perfeito. Esse direito não é absoluto, lição extraída AI-AgR 580966 / SP - SÃO PAULO, da relatoria do ex-Ministro do STF Menezes Direito, verbis:

"EMENTA Agravo regimental. Agravo de instrumento. Questão infraconstitucional. Ato jurídico perfeito. Precedentes. 1. Inadmissível em recurso extraordinário o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal. 2. A garantia constitucional do ato jurídico perfeito não afasta a possibilidade da revisão judicial do contrato para coibir o enriquecimento sem causa. 3. Agravo a que se nega provimento" (grifo não existe no original).

35.9. O ato jurídico perfeito não deve ser invocado para sustentar situação ou relação injusta. Mais inadequada é a pretensão do responsável de perpetrar um entendimento pretérito como ato jurídico perfeito em arrimo a uma situação irregular.

36. Da terceira conclusão parcial e dos pedidos.

36.1. Argumento: segundo o recorrente, "em atendimento ao princípio da eventualidade, sintetizando o pedido para que o Tribunal revise as deliberações anteriores, restaure a preliminar assentada na Decisão n. 231/1996 - Plenário e acolha a natureza do contrato de natureza privada" (fl. 41, v. p. do anexo 1).

36.2. *Análise: as análises assentadas anteriormente rebatem com largueza de argumento as alegações do recorrente. Os argumentos do responsável analisados anteriormente não têm força suficiente para que seja atendido o pedido sintetizado. Ademais, como alertado, ainda não foi enfrentado o cerne da condenação, e nenhuma falha processual restou demonstrada.*

37. Das causas diretas da lesão.

37.1. *Os argumentos seguintes, por comportarem discussões técnicas com relativo grau de profundidade, e por determinação do Relator do feito (fl. 16, anexo 6), foram analisados pela Secob, resultando na instrução de fls. 960/980 do volume 6 do anexo 1, com a qual se manifesta inteira concordância. Assim, a análise desta Serur, neste ponto, deve ser acolhida como avaliação de questões remanescentes.*

37.2. *Argumento: o recorrente aponta que duas causas foram identificadas como ensejadoras da lesão, verbis:*

"a) a obra estava superfaturada, causando prejuízo ao erário, pois a parte executada foi avaliada em 62 milhões e pagos 231 milhões de reais, ensejando um prejuízo de 169 milhões, em números aproximados;

b) havia descompasso entre o que foi pago e o que foi realizado, causando prejuízo ao erário, pois foi realizado apenas 64% e pago 98%, em cifras aproximadas" (fls. 41/42, v. p. do anexo 1).

37.3. *Análise: diverso do que aduz o recorrente, a condenação não está amparada em dois fundamentos. A causa apontada na alínea "b" serviu de fundamento para a citação deliberada por meio do Acórdão 45/99 - Plenário (dano de aproximadamente R\$ 57 milhões), a qual foi considerada inadequada (Decisão 469/99 - Plenário), levando o TCU a renovar a citação, dessa vez tendo como fundamento os valores apresentados pelo recorrente na alínea "a".*

37.4. *Essa também é a conclusão da Secob (item III.1 da instrução da Secob).*

38. Do valor do empreendimento.

38.1. *Argumento: em relação à conclusão que a parcela efetivamente executada foi de R\$ 62.461.225,60, o apenado formula as seguintes perguntas: "a) do que motivou a avaliação? b) quem fez a avaliação considerada definitiva pelo TCU? c) quais fases de informações foram consideradas nessa avaliação?" (fl. 42, v. p. do anexo 6).*

38.2. *Tendo como pano de fundo essas questões, o responsável apresenta argumentos com vistas a tentar demonstrar o equívoco do débito apurado. Sobre a duração da inspeção, afirma ser relevante o tempo gasto na vistoria in loco para assegurar a confiabilidade do resultado. "Não há informação do tempo gasto in loco nesse trabalho, mas um indicio de pouca confiabilidade é, sem dúvida, o exíguo prazo informado para realizar o levantamento, no caso, abrangendo a verificação in loco somada a etapa em recesso da repartição" (fl. 43, v. p. do anexo 1).*

38.3. *O responsável aduz ser ineficiente o método utilizado pelo TCU, e ter sido esse pouco utilizado pelo Tribunal, além de não terem sido contempladas algumas despesas.*

38.4. *O apenado aponta que a equipe de inspeção enfrentou dificuldades, "uma vez que nem sequer o próprio TRT as possuía [documentação]" (fl. 44, v. p. do anexo 1).*

38.5. *O custo do terreno também é objeto de questionamento. O recorrente afirma que foram atribuídos diversos valores ao terreno, não sendo acreditável que pelo menos nesse item não houvesse divergência.*

38.6. *Análise: mais relevante que o tempo gasto em uma inspeção predial é a experiência do profissional que realiza o trabalho, qualificação que os funcionários da Caixa, que auxiliaram o TCU, têm. Além disso, o recorrente desconsidera que há tempo as obras vinham sendo fiscalizadas pelo TCU, ou seja, quando da realização do trabalho que determinou o tamanho do dano o Tribunal já possuía um conjunto de informações. Nesse mesmo sentido caminha a instrução da Secob (item III.2.1.), que bem lembrou que o trabalho de determinação do débito está amparado em documento minucioso e objetivo (Relatório de fls. 602/629, v II do v. p.).*

38.7. *As demais alegações reunidas neste argumento também são enfrentadas, em subitens, pela Secob em sua instrução, prestando-se a análise da Serur apenas ao fim de acrescer os motivos para o não provimento.*

38.8. *Sobre a metodologia, nem sempre a razão para um método não ser adotado decorre do fato de ele ser impreciso. Em muitos casos, a metodologia empregada é fruto dos elementos disponíveis ao trabalho. A não entrega de parte da documentação pelos responsáveis pode ter sido determinante na escolha feita pela equipe. Segundo o Relatório apresentado às fls. 602/629 do volume II do volume principal, o TRT não tinha sequer o jogo completo de plantas do imóvel (fl. 607, v II do v. p.). A título de confirmação dos custos apurados, a equipe comparou o montante obtido com os custos de uma edificação similar (fl. 627, v II do v. p.), obtendo resultado favorável à inspeção realizada. Sobre a não inclusão de alguns itens, a Secob esclareceu em sua instrução às fls. 960/980 do volume 6 do anexo 1 que isso não aconteceu. Assim, nada de consistente sobre a inadequação do método utilizado foi apresentado.*

38.9. *Apenas para argumentar, merece registro a informação da Secob de que o valor aproximado de R\$ 57 milhões foi obtido com base em planilha elaborada pela própria Incal, fonte de baixa credibilidade, o que recomendava a realização de novo trabalho de inspeção, este levado em consideração para a condenação em débito.*

38.10. *Ainda sobre a documentação, os responsáveis não devem ser favorecidos pela não apresentação de documentos que deveriam ser guardados por eles. Ninguém deve tirar proveito de sua própria torpeza, é lição assentada em brocardo jurídico.*

38.11. *A instrução da Secob prossegue com esmero. Aponta que os custos de demolição foram levados em consideração e que o custo do terreno considerado para a condenação é o mais preciso, haja vista que está amparado no valor do terreno consignado na escritura de compra do imóvel.*

39. Da contradição com outras peças do processo.

39.1. *Argumento: o recorrente aduz existir contradição entre o valor apurado de R\$ 62.461.225,60, o parecer técnico da arquiteta Ivone Carneiro Rafael, o parecer técnico do TCU assentado às fls. 3/12 do volume 1 e o laudo do PINI constante no processo MPF.*

39.2. *Análise: bem anota a Secob que os elementos apontados pelo responsável são anteriores à Decisão 469/99 - Plenário e ao Acórdão 163/2001 - Plenário, estando as informações anteriores superadas pelas referidas deliberações.*

40. Dos fatos novos e respectivas provas.

40.1. *Neste ponto do recurso, o recorrente patrocina um fracionamento ainda maior dos argumentos. Ele divide os itens em alíneas, e estas sofrem mais um desmembramento. Esse fato, considerando que a proposta inicial desta análise é seguir a estrutura do recurso, motivou alteração no mesmo sentido.*

40.1. *Argumento: o responsável afirma que os fatos novos a serem analisados têm mais força probatória que os fundamentos da decisão recorrida. Ele afirma ainda que "foram produzidos com a prévia ciência dos fatos utilizados na decisão rescindenda; logo, se divergem o fazem com mais propriedade porque possuem informação precedente" (fl. 49, v. p. do anexo 1); que foram produzidas sob o contraditório e que foram produzidos no Poder Judiciário.*

40.2. *Análise: as alegações apresentadas pelo recorrente são meras conjecturas. Se a realidade residisse em suas palavras, apenas os processos judiciais seriam aceitos como válidos, o que não ocorre. Ademais, o responsável até agora não demonstrou nada de efetivo com força probatória para reformar a decisão afrontada.*

41. Do laudo do perito, engenheiro, em Juízo.

41.1. *Argumento: o responsável ressalta que o laudo do engenheiro do juízo foi produzido sob o crivo do contraditório, logo mais preciso que os outros existentes no processo, e que o trabalho fornece os percentuais dos serviços executados e a executar.*

41.2. *Análise: esse argumento é enfrentado com maior acurácia pela Secob, que concluiu serem o laudo e as inferências feitas insuficientes para desconstituírem a decisão. O recorrente pretende retomar a discussão para a execução física, linha que há muito foi abandonada pelo TCU nos presentes autos. Em parte, a inadequação dos debates sobre a execução física deriva da omissão dos responsáveis no tocante à manutenção da documentação da obra em dia.*

41.3. *O laudo sob exame não adentra na questão do custo daquilo que foi executado, medida necessária ao enfrentamento do montante do débito.*

42. *Das conclusões do laudo (laudo de engenharia).*

42.1. *Argumento: o recorrente afirma existirem grandes divergências acerca da execução física.* 42.2. *Análise: alinha-se pensamento com as conclusões da Secob às fls. 960/980 do volume 6 do anexo 1.*

43. Das possíveis inferências sobre o laudo (laudo de engenharia).

43.1. *Argumento: o recorrente tenta demonstrar a pertinência do acolhimento da inferência por intermédio da conjugação das informações do laudo de engenharia com os valores apontados pela arquiteta Ivone Carneiro Rafael. Aos montantes obtidos com a junção dos dados, o responsável tenta ainda acrescentar valores como o custo do terreno, projetos, emolumentos, demolições, lucro, materiais e equipamentos em estoque. Segundo ele, "exame dessa perspectiva confirma o desacerto da definição do percentual de execução em 64,15% tantas vezes repetido nas deliberações precedentes" (fl. 52, v. p. do anexo 1).*

43.2. *Análise: a combinação de informações nem sempre resulta em conclusões confiáveis. É recomendável cautela ao anuir inferência como a apresentada pelo recorrente. Apenas a título de exemplo, partindo da planilha por ele produzida à fl. 51 do volume principal do anexo 1, verifica-se que o valor executado foi de R\$ 122.241.783,47, inferior ao valor repassado (R\$ 231.953.176,75), persistindo o superfaturamento. Se forem somados os valores da coluna "executados" à coluna "a executar", o valor total da obra seria de R\$ 167.408.565,72, permanecendo a conclusão de superfaturamento. Se for confrontado o percentual de execução indicado na planilha que arrimou a inferência (73,02 %) com o percentual de execução financeira indicada pelo perito econômico (83,33 %) (fl. 181, v. p. do anexo 1), restaria demonstrado o descompasso entre a execução física e a execução financeira. Se for utilizado o valor apontado pelo perito econômico para o contrato mais o termo aditivo (R\$ 292.505.980,35) (fl. 196, v. p. do anexo 1) com o montante relacionado na planilha 2 à fl. 51 do volume principal do anexo 1 (R\$ 167.408.565,12), a conclusão seria de que houve superfaturamento.*

43.3. *Pelo exposto no parágrafo anterior, a conclusão é que não é recomendável a combinação de informações, salvo se devidamente demonstrada a correlação, o que não ocorreu na planilha formatada pelo recorrente. Ele utilizou um estudo de execução física e associou a esse um estudo já descartado pelo Tribunal, por considerar essa forma mais favorável a ele. Ou seja, o recorrente resolveu trabalhar com os dados que julgou serem melhores. Mesmo assim, a conclusão é que os dados apresentados por ele na planilha (total de R\$ 167.408.565,72) ainda são superiores ao montante repassado (R\$ 231.953.176,75), persistindo o superfaturamento.*

43.4. *Em relação aos itens que o responsável afirma não terem sido considerados, não é essa a realidade em relação ao estudo que apontou o débito a ser cobrado.*

43.5. *Assim, o recorrente não conseguiu demonstrar que a inferência deva ser anuída em substituição ao estudo que fundamentou a condenação.*

44. Do laudo do Banco do Brasil para término da obra.

44.1. *Argumento: o recorrente destaca os preços indicados no laudo do Banco do Brasil, e da mesma forma que fez em relação ao argumento passado, propõe releitura por meio da junção de informações do trabalho da arquiteta Ivone Carneiro Rafael com os valores apontados pelo Banco do Brasil. Ele deseja também que sejam acrescentados aos resultados o valor do terreno, do projeto, dos emolumentos, da demolição etc.*

44.2. *Análise: esse argumento reforça as conclusões apresentadas por ocasião da análise do argumento precedente. O recorrente realiza combinação de informações com vistas a contestar o valor do débito que lhe foi imputado. Do simples confronto da coluna de total da planilha 1 (R\$ 138.049.505,43) (fl. 53, v. p. do anexo 1) com o da planilha 2 (R\$ 167.408.565,72) (fl. 51, v. p. do anexo 1) chega-se à conclusão que os valores finais são divergentes. Ora, está mais que provado que das diferentes combinações de diversas informações é possível se obter vários resultados, e chegar à conclusão de que nenhum deles reflete a realidade dos fatos. Em relação ao trabalho que embasou a condenação, esse não é resultado da livre associação de dados, mas de uma atividade que cumpriu todas as etapas até se chegar ao montante do dano, diferentemente das proposições formuladas pelo e recorrente.*

44.3. *Assim, os fundamentos da condenação subsistem diante da frágil argumentação patrocinada pelo recorrente.*

45. Das possíveis interferências sobre o laudo.

45.1. *Argumento: o recorrente diz ser relevante para ele o valor de conclusão estimado pelo Banco do Brasil. Após essa assertiva realiza as seguintes considerações:*

"b.1.1) o valor contratado para a conclusão R\$ 54.999.165,93, e excluído o valor dos novos itens, tem-se R\$ 51.073.409,05;

b.1.2) percentual assentado como verdade formal que falta para concluir a obra corresponde a 35,85% (100% - 64,15% = 35,85%);

b.1.3) numa simples regra de três, tem-se que R\$ 51.073.409,05 corresponde a 35,85%, assim "X" corresponde a 64,15%,

logo $x = R\$ 91.390.772,39$, valor sem o custo dos projetos, emolumentos, terreno, demolições e lucro;

b.1.4) o único documento no processo que arbitra indicativo para estimativa de projeto e emolumentos é precisamente o laudo de Falcão Bauer, que aponta 1,99% do empreendimento, percentual esse que é considerado baixo para um empreendimento desse porte. Sendo o total da obra R\$ 142.464.181,44 (correspondente a soma da parcela contratada de R\$ 51.073.409,05 com o valor inferido do executado R\$ 91.390.772,39) = R\$ 2.835.037,20;

*b.1.5) considerando os diversos valores atribuídos ao terreno e tomando por correto o atribuído pelo perito R\$ 9.277.013,12 (em valores de março/2002) corresponde a R\$ 7.565.163,41, em - regressão feita pelo IPCA/IBGE, ao tempo da proposta para conclusão, tem-se o valor total do empreendimento em R\$ 101.790.973,00, muito distante, **datíssima vênua**, portanto, do que foi firmado como correto por esse E. Tribunal, em relação à parte executada." (fls. 54/55, v. p. do anexo 1).*

45.2. *Análise: reproduz-se essa proposta de entendimento do recorrente como meio de comprovar que a linha de defesa está amparada em um elenco de considerações que ele espera que seja acolhido, o qual não se mostra adequado. Assim como nos argumentos precedentes ele deseja que sejam acrescidos aos valores apontados despesas como custo dos projetos, emolumentos, despesa do terreno etc., todos considerados pelo TCU por ocasião da condenação. Em relação às referidas despesas, ele apenas menciona que devem ser consideradas, sem sequer comprovar o custo de cada item.*

45.3. *Se acolhida essa proposta, o valor total do empreendimento seria de R\$ 142.464.181,44 (R\$ 91.390.772,39 + R\$ 51.073.409,05), diverso dos R\$ 138.049.505,43 da planilha 1 (fl. 53, v. p. do anexo 1) e dos R\$ 167.408.565,72 da planilha 2 (fl. 51, v. p. do anexo 1).*

45.4. *Dessa forma, a convicção de que o recurso não deve ser provido se renova.*

46. Do laudo do perito, economista, em Juízo.

46.1. *Argumento: o recorrente aponta que a constatação do perito econômico é que a Incal teria ainda que receber R\$ 47.886.185,70. "O mesmo perito, no item 4, acrescenta que deverá ser avaliado, na área de engenharia 'quanto ao efetivamente falta de obras' [...] e se o valor do saldo devedor é suficiente para o término do mesmo. É preciso refletir sobre esse valor de saldo devedor,*

por revelar uma proximidade, em ordem de grandeza, com o que foi apurado pela avaliação do Banco do Brasil para a conclusão da obra R\$ 44.958.491,00." (fl. 55/56, v. p. do anexo 1).

46.2. Análise: o responsável propicia mais uma leitura equivocada dos fatos. Foi apontado anteriormente nesta instrução que a perícia do economista Luiz Roberto Brando Pires se presta mais como exercício de atualização monetária que argumento contrário aos fundamentos da condenação. Ele inicia atualizando monetariamente o valor do contrato, sendo que por ocasião dos pagamentos deduz do valor contratual atualizado até aquela data o montante recebido pela construtora. Dessa forma não adentra na execução física, tampouco no mérito do valor efetivamente despendido na execução física.

46.3. Acolher a perícia econômica resulta em anuir que a obra foi integralmente realizada e que o erário seria devedor de R\$ 44.958.491,00, inteligência amplamente afastada pelas provas dos autos, haja vista que a construtora sequer empregou nas obras os valores repassados.

46.4. O recorrente ignora o descompasso entre as execuções física e financeira para afirmar que o saldo contratual remanescente é próximo do valor indicado pelo Banco do Brasil como necessário para a conclusão das obras, dando a entender que esse fato atesta a adequação dos valores pagos com a execução física, o que não é realidade.

47. Da equação CUB/SINDUSCON.

47.1. Argumento: o responsável alega que o perito economista indica que em março de 2002 o custo do m2 era de R\$ 638,94. Ele afirma que esse custo só é válido se for utilizada a fórmula completa e o correspondente fator multiplicador.

47.2. Análise: a Secob afasta a pertinência dessa alegação em sua instrução (fls. 960/980 do volume 6 do anexo 1). Apenas para acrescer, a partir do valor do CUB o recorrente pretende que seja acolhida a tese de que seria devido o montante resultante da multiplicação do CUB pelos fatores de 3,15 e 1,00, em clara afronta à lei 10.266/2001 (Lei de diretrizes orçamentárias de 2002), que assim limita o custo do m2:

"Art. 66. Os custos unitários de obras executadas com recursos dos orçamentos da União, relativas à construção de prédios públicos, saneamento básico, pavimentação e habitação popular, não poderão ser superiores ao valor do Custo Unitário Básico - CUB - por m2, divulgado pelo Sindicato da Indústria da Construção, por Unidade da Federação, acrescido de até trinta por cento para cobrir custos não previstos no CUB.

Parágrafo único. Somente em condições especiais, devidamente justificadas, poderão os respectivos custos ultrapassar os limites fixados no caput deste artigo, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo" (grifos não existentes no original).

47.3. Como se vê, a legislação orçamentária do ano empregado como referência não autoriza custo superior a trinta por cento do valor do CUB, tampouco o recorrente demonstrou existirem as condições especiais exigidas pela lei. Vale lembrar que a tabela CUB é concebida de forma regionalizada, e que essa característica já faz com que os preços reflitam em grande medida as condições que possam vir a serem suscitadas a título de condição especial.

48. Da necessidade de parametrização de preços.

48.1. Argumento: o recorrente busca estabelecer comparação entre os custos do edifício sede do STJ com os da construção sob exame, em tentativa de se justificar os gastos.

48.2. Análise: a requerida parametrização tentada pelo recorrente simplesmente não existe. Os custos das obras de São Paulo são diferentes das edificações de Brasília. Essa questão é afastada pela Secob (fls. 960/980 do volume 6 do anexo 1).

49. Do valor final para conclusão da obra.

49.1. Argumento: para o recorrente, "o TCU fixou, para a obra, no estado em que se encontrava, o percentual de 64, 15% de sua execução, não considerado o valor do terreno, projetos e emolumentos, restando, portanto, o percentual de 35,85% para sua conclusão" (fls. 58/59, v. p. do anexo 1).

49.2. O recorrente continua: "contudo, de acordo com elementos retirados do processo n. 016.795/2001-1, verificou-se que a complementação das obras se fez pelo valor de R\$ 74.921.756,57, em valores relativos a setembro/2004 (Acórdão n. 1.431/2004 - Plenário). Para um cálculo mais exato, atualizou-se o montante indicado no parágrafo anterior para a mesma data do julgamento, abril de 1999, sempre usando o IPCA do JBGE, o que equivale a R\$ 47.789.970,79. Considerando-se que o valor de R\$ 47.789.970,79 (montante gasto para complementação das obras) corresponderia a 35,85% da obra, então, o valor correspondente a 64,15% do total deveria ser de R\$ 85.515.387,06. Esse simples cálculo aritmético derruba, por completo, a estimativa do valor do empreendimento no estado em que se encontrava, que era, portanto, muito superior ao que foi efetivamente calculado. Uma diferença de aproximadamente 36.91%! Acolhendo o mesmo percentual para projetos e emolumentos e de valor do terreno do item anterior ter-se-ia o total de R\$ 94.782,306,67. Novamente, um valor muito distante do firmado por essa r. Corte" (fl. 59, v. p. do anexo 1).

49.3. Análise: de início cabe afastar a premissa adotada pelo recorrente de que foram executados 64,15% das obras. Esse valor foi apontado pela arquiteta Ivone Carneiro Rafael, mas há muito o quantitativo foi abandonado pelo Tribunal. Bastaria essa verificação para invalidar toda argumentação seguinte.

49.4. Novamente a opção foi de trazer à colação trecho da argumentação do recorrente. Mais uma vez a conclusão é que a preocupação dele não é a de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos, num esforço de entregar prestação de contas capaz de reformar a decisão condenatória, mas apresentar estudos aritméticos que por si só não têm força probatória para desconstituir o acórdão. É isso que se extrai de maneira bastante clara da proposição do responsável transcrita anteriormente.

50. Dos depoimentos em juízo - fatos novos.

50.1. Argumento: o recorrente aduz que a arquiteta Ivone Carneiro Rafael declarou que o orçamento-base não foi entregue pela Incal, que o Ministério Público Federal manteria animosidade com o TRT e "que a perícia foi contratada pelo órgão acusador, o qual contratou a já nominada arquiteta Ivone Carneiro Rafael" (fl. 60, v. p. do anexo 1).

50.2. Análise: o recorrente traz para exame o trabalho da arquiteta Ivone Carneiro Rafael, estudo afastado pelo TCU dos fundamentos para a condenação. A linha argumentativa do recurso apresenta contradição, pois ao mesmo tempo em que tenta desqualificar o estudo da arquiteta, o apenado pautou a maioria das demonstrações aritméticas no retro-mencionado trabalho.

51. Da quarta conclusão parcial e dos pedidos.

51.1. Argumento: o recorrente sintetiza os argumentos precedentes nos seguintes pedidos:

"1º) que o Tribunal, ao rever a decisão anterior, considere insubsistente o valor imputado em vista dos fatos novos que infirmam a validade das avaliações consideradas nos julgamentos anteriores;

2º) ordene nova avaliação do empreendimento, uma vez que o perito judicial declara categoricamente e comprova possuir meios de identificar o que foi realizado pela OAS em contraposição ao que foi realizado pela INCAL" (fl. 62, v. p. do anexo 1).

51.2. Análise: foi demonstrado nas análises das alegações que integram esse argumento consolidador que os fundamentos apresentados não merecem prosperar. O recorrente manteve como ponto central de sua linha argumentativa o parecer da arquiteta Ivone Carneiro Rafael, estudo que foi abandonado pelo TCU. Dessa forma, as alegações que tiveram como sustentáculo principal o estudo da arquiteta ou a combinação do referido trabalho com outros pareceres, como no caso da junção com os valores do trabalho do Banco do Brasil, não se mostram suficientes para ensejar a reforma do acórdão condenatório.

52. Do descompasso entre o executado e o pago.

52.1. Argumento: segundo o recorrente, "o acórdão recorrido fez transitar em julgado dois percentuais: foi executado apenas 64,15% da obra e foi pago 98,70% do valor do contrato assinado128 " (fl. 62, v. p. do anexo 1).

52.2. Na forma de nota de rodapé associado ao trecho transcrito no parágrafo anterior, o recorrente aduz o seguinte: «128 A origem dessa informação está no levantamento pelo TCU, visto às fls. 32-43 do vol. 1 do processo TC-001.025/1998-8 com a perita da acusação, arquiteta Ivone Carneiro Rafael. O valor é adotado até o final do processo como verdadeiro" (fl. 62, v. p. do anexo 1).

52.3. Análise: em relação a esse argumento, traz-se à colação trecho do Relatório do Acórdão 163/2001 - Plenário:

"37. Alegação

Tecem críticas ao parecer da equipe de auditoria que, contando com o auxílio de arquiteta do Fundo de Construção da Universidade de São Paulo - FUNDUSP, constatou terem sido desenvolvidas apenas 64, 15% das ações previstas, denotando um descompasso entre os valores devidos e os valores pagos, estes últimos da ordem de 98, 70%. Asserem que teriam sido cometidos dois erros: a) no percentual de 64, 15 % não estariam incluídos o valor do terreno, das demolições necessárias, o custo dos projetos de execução, etc.; b) o parecer fundamentou-se na premissa de que se trataria de contrato de obra, e não de compra e venda.

37.1 Análise

Estas alegações encontram-se prejudicadas por manifesta perda de objeto, pois, em razão de minuciosa inspeção posteriormente realizada por equipe de analistas [auditores] lotados na Saudi, Seseg e Secex/SP (referida no item 34.1), foi modificada a forma de aferir os prejuízos decorrentes das irregularidades nas obras do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo. Passou-se então a orçar apenas o que estava executado na obra, ou seja, o valor do imóvel nas condições em que se encontrava. Para auxiliar neste mister, foram requisitados à Caixa Econômica Federal os serviços técnicos especializados de que trata o art. 101 da Lei nº 8.443/92.

Conforme relatório da equipe de inspeção às f 635/646 do vol. principal, a mudança de critério para aferição do débito decorreu dos fatores a seguir sumarizados.

Por ocasião das primeiras inspeções realizadas por este Tribunal, nem o TRTISP, tampouco a contratada forneciam planilha orçamentária, bem como um cronograma físico-financeiro elaborado a partir de tal planilha, como é, de fato, usual em contratos de obra. Apenas em 1998, por exigência do Ministério Público Federal, a Incal apresentou uma planilha, elaborada pela empresa PINI Sistemas Ltda..

Muito embora a PINI seja empresa tradicional no ramo, sua planilha não oferecia dados confiáveis, haja vista ter por base documentos fornecidos pela Incal. Por outro lado, informa a PINI que não lhe foram disponibilizados todos os documentos necessários para a elaboração do orçamento completo da obra, impossibilitando o esclarecimento de todos os custos.

Do exame da referida planilha, constataram-se inúmeras discrepâncias, tais como: grande número de itens orçados como 'verba'; inclusão incabível de despesas financeiras na composição do BD/; incidência indevida de impostos (ISS) sobre a parcela correspondente aos materiais aplicados (quanto aos impostos utilizados na obtenção do BD/); repasse indevido do imposto de renda ao contratante, como custo; e superestimativa da taxa adotada para as leis sociais (198,75%).

Ressalte-se ainda que, em dez/98, o TRT celebrou contrato com a empresa L.A. Falcão Bauer, tendo por objeto o levantamento dos serviços executados na construção do prédio do Fórum Trabalhista de Primeira Instância da Cidade de São Paulo, visando determinar o percentual físico executado e a executar, até a data da paralisação dos serviços da obra em epígrafe.

Sobre o resultado obtido pela empresa, o setor competente do TRT assinalou, verbis: Portanto, deve ficar desconsiderada a totalização de 75,04% encontrada pela Falcão Bauer. Importante ressaltar a absoluta confiabilidade do laudo quanto aos levantamentos de campo, porém, ao partir de uma premissa incorreta, fornecida pela construtora, com relação aos pesos atribuídos às atividades, ficou comprometido o percentual financeiro total.

Desta forma, as vistorias e medições supra restaram prejudicadas, pelo menos no que se refere à definição do percentual da obra já executado, uma vez que tiveram por referencial o citado orçamento, não merecedor de credibilidade, ante as distorções assinaladas.

Diante desses fatos, a equipe não poderia contar com o citado orçamento da PINI para efetuar a quantificação físico-financeira da obra.

Assim, estudou-se a viabilidade de elaboração de um novo orçamento geral da obra, permitindo determinar com precisão seu valor total, bem como o real estágio físico naquela data. Também foi afastada tal opção, face a falta de elementos que pudessem servir de base à elaboração de um orçamento completo. Isto porque havia não um, mas três projetos: o original; o em andamento, com várias divergências em relação ao original; e o definitivo (ainda inexistente, pois implica adaptações para fazer frente às novas tecnologias, especialmente no sistema de comunicação de dados), que em tese atenderia às reais necessidades do TRTISP.

Constatada, portanto, a inviabilidade de se obter um orçamento confiável da obra, a equipe optou por realizar levantamento in loco do que estava executado até aquele momento, chegando ao valor de R\$ 62.461.225,60, conforme já referido.

Por esses motivos, o cálculo do percentual de 64,15% levantado pela equipe de inspeção em maio/98, embora muito próximo do real estágio da construção, consoante ressaltado no Relatório de Inspeção às J. 640, possui a ressalva de ter por referencial o supracitado orçamento fornecido pela Incal, razão pela qual, tal como os demais, encontra-se prejudicado.

Pelo exposto, não acolhemos as alegações apresentadas no item 37 supra" (grifos não existentes no original).

52.4. O excerto trazido à baila não deixa dúvida que a assertiva de que o Tribunal acolheu os percentuais sob exame não é verdadeira. O acórdão recorrido já trazia em seu relatório o fundamento para a desconsideração. Na verdade, ao proferir a Decisão 469/1999 - Plenário o TCU afastou a pertinência do Trabalho da arquiteta Ivone Carneiro Rafael, adotando em seu lugar a inspeção realizada por equipe de auditores lotados na Saudi, Seseg e Secex/SP, com a colaboração de funcionários da Caixa Econômica Federal.

52.5. Essa conclusão prejudica a principal linha argumentativa do recorrente.

53. Da contradição com outras peças do processo.

53.1. Argumento: o recorrente aponta contrariedade entre o trabalho da arquiteta Ivone Carneiro Rafael e outras informações do processo.

53.2. Análise: essa questão está largamente afastada, não cabendo considerações e ; \ adicionais. Ademais, trata-se de assunto técnico enfrentado com maior profundidade pela Secob.

54. Dos fatos novos e respectivas provas.

54.1. Argumento: o recorrente reapresenta a planilha 2 (fls. 51 e 66 do volume principal do anexo 1). Ele também aponta aspectos do depoimento as Sra. Ivone Carneiro Rafael em juízo com vistas a garantir ser o trabalho impreciso.

54.2. Análise: esse argumento merece a mesma sorte do anterior. Ele está amparado em documento não considerado quando da condenação, o que já foi fartamente demonstrado.

55. Do pagamento a maior.

55.1. Neste ponto o responsável tão-somente apresenta o valor repassado para a Incal (R\$ 231.953.176,75) a título de introdução da discussão.

56. Da contradição com outras peças do processo.

56.1. Argumento: o recorrente afirma que se for mantida a correção pela UFIR Diária o valor do contrato corrigido até abril de 1999 é R\$ 245.865.364,34, ao passo que o montante pago, atualizado até abril de 1999, é R\$ 231.953.176,75, o que equivale a 94%, e não 98,7%.

56.2. Segundo, o recorrente alega que se considerado o reajuste tão-somente pelo CUB/Sinduscon o erro é que no contrato há a previsão para se corrigir o contrato pela UFIR Diária/Sinduscon, e não apenas Sinduscon. Se corrigidos a abril de 1999 os valores repassados e o montante do termo avençado, obtêm-se, respectivamente, R\$ 228.321.675,94 e R\$ 259.142.428,54, o que resulta em uma execução de 88,10%.

56.3. Terceiro argumento, aduz o responsável que em tabela elaborada pela Secex/SP (fl. 164, v. 46), solução mais próxima da regra contratual, embora só tenha considerado os valores pagos

até 16/03/1998, o saldo contratual seria R\$ 15.120.214,16 e o valor original do contrato corrigido é R\$ 245.231.617,41.

56.4. Como última alegação deste argumento, o recorrente afirma que o Tribunal abandonou o cálculo apresentado no parágrafo anterior, que apresentou saldo de R\$ 15.120.214,60, e que o TRT passou a considerar o saldo a favor de Incal de apenas R\$ 2.843.030,08, o que representa 1,3% do contrato.

56.5. Análise: as quatro alegações do recorrente reunidas neste argumento padecem do mesmo mal. Em todas elas o fundamento resulta da comparação do valor do contrato corrigido com os valores pagos corrigidos, como se todos os dinheiros tivessem sido empregados nas obras, o que foi amplamente afastado nos presentes autos. Acontece que a condenação decorre da diferença entre os valores pagos corrigidos e o montante efetivamente gasto nas obras do TRT de São Paulo.

56.6. A irresignação do apenado está assentada no fato de o Tribunal não ter adotado como forma de atualização a incidência dos índices UFIR Diário e Sinduscon, como está previsto no contrato. Em relação a isso, embora pouco relevante, cabe firmar entendimento de que é indevida a utilização simultânea dos dois índices, pois ambos têm o mesmo propósito. Como a UFIR Diária e o Sinduscon são calculados em razão da variação dos preços em um dado lapso temporal, o emprego simultâneo resulta na dupla correção dos valores, ou seja, é índice sobre índice.

56.7. Sobre o caso vertente, a condenação resulta de dano apurado. Ao ser identificada a existência de dano, o mais adequado, por questão de isonomia, é fazer incidir a título de atualização monetária um único índice em todos os processos que tramitam nesta Corte, pois sai de cena a natureza do objeto contrato e passa a ser discutido o próprio valor do dano. Inconcebível imaginar que o valor do débito deva ser corrigido em razão do tipo de contrato, pois como se sabe, o índice de reajuste contratual em regra varia em razão da natureza do objeto contratado (fornecimento de mão-de-obra, construção, material de consumo, fornecimento de energia elétrica etc.). Qual deveria ser o índice nos autos em que está em debate o repasse em razão de um convênio? Em outras palavras, dano decorre de prejuízo mensurável monetariamente, sendo lícito o erário desconsiderar a natureza do vínculo em razão do qual ocorreu o prejuízo, e passar a cobrar o montante atualizado por um índice específico.

56.8. Na esteira dessas análises, a conclusão é que não há reparo a ser feito no montante da condenação.

57. Dos fatos novos e respectivas provas.

57.1. Argumento: o recorrente afirma que, por não ter observado a riqueza do contraditório, o TCU considerou valores incorretos, assertiva que encontra amparo no entendimento do perito contábil do juiz. Em arrimo a esse argumento ele destaca trechos do laudo pericial do Sr. Luiz Roberto Brando Pires.

57.2. Análise: o argumento do recorrente carece de reparos. O primeiro é que não se trata de perícia contábil o documento anexado na forma de anexo 19 (fls. 614/646, v. 5 do anexo 1). Segundo o perito "outra questão abordada pelas partes e que ficou sem resposta foi o que concerne aos gastos totais (custos e despesas, históricas e atualizadas) que a Incal, Ikal e Monteiro de Barros Construt, tiveram com o empreendimento. Já expliquei que seria necessário reunir os livros e toda documentação dessas empresas no período que vai de 1992 a 1998" (fl. 622, v. 5 do anexo 1), ou seja, a análise não foi pautada nos livros contábeis. Ademais, a contabilidade é profissão regulamentada, e o profissional deve ter graduação em contabilidade e registrado no conselho, sendo que o laudo acostado pelo recorrente é assinado por economista.

57.3. No mais, o documento apontado pelo responsável já foi analisado, haja vista ter sido apresentado na forma do anexo 8 (fls. 173/196, v. p do anexo 1), não tendo demonstrado possuir o condão de reformar a decisão sob exame.

58. Da quinta conclusão parcial e dos pedidos.

58.1. Argumento: o recorrente sintetiza os argumentos analisados anteriormente com os seguintes pleitos:

"1º) o Tribunal revendo a decisão anterior considere insubsistente o valor imputado em vista dos fatos novos que infirmam a validade das avaliações consideradas nos julgamentos anteriores;

2º) ordene nova avaliação da execução financeira do contrato uma vez que o perito judicial não confirma os cálculos de atualização de valores, segundo as regras contratuais, consideradas nos julgamentos dessa Corte;

3º) ordene nova avaliação da execução físico-financeira do empreendimento diante da possibilidade expressada pelo perito judicial quanto a separação entre o que executado pela INCAL e o que foi, posteriormente, contratado com a OAS, para a conclusão do empreendimento" (fl. 74, v. p. do anexo 1).

58.2. *Análise:* até o presente momento, o responsável sequer se aproxima daquilo que seria viável à reforma da decisão. A peça sob exame está pautada no enfrentamento de questões superadas no curso do processo, e por isso mesmo não consideradas como fundamento da condenação, sendo os debates produzidos acerca desses assuntos infrutíferos. Outra alternativa seria tentar demonstrar que não houve participação ou favorecimento, medida que ainda não foi tentada pelo recorrente. Assim sendo, singela é a conclusão de não ter sido demonstrada a pertinência na declaração de insubsistência da decisão guerreada.

59. Dos fatos que justificaram a responsabilização solidária na versão do julgamento.

59.1. *Argumento:* em primeira fala sobre o tema, o recorrente aduz que após seis anos do início da obra analisada a participação do Grupo OK foi suscitada, e que desde então buscou saber qual elemento comprovaria a participação dele, obtendo essa resposta apenas por ocasião do julgado que deslindou os Recursos de Reconsideração (Acórdão 301/2001 - Plenário). Contra o referido julgamento opôs Embargos de Declaração com efeito modificativo, os quais foram rejeitados sob o manto da inadequação da via processual.

59.2. O responsável apresenta excerto do pedido do Ministério Público junto ao TCU para a inclusão do Grupo OK como responsável pelo dano, e em relação ao pleito asseve que "afirma-se, peremptoriamente, num processo já então com definição de culpa e valor, que em decorrência de acusação formulada em outros autos por seus desafetos, seria o cidadão Luiz Estevão de Oliveira Neto, por intermédio do Grupo OK Construções e Incorporações S/A, acionista controlador da INCAL Incorporações S/A, empresa que realizou o empreendimento do Fórum, detendo, para isso, 90% (noventa por cento) das ações ordinárias" (fl. 76, v. p. do anexo 1).

59.3. *Análise:* só é justificável o chamamento de um particular para integrar os autos que tramitam neste Tribunal quando há indícios de sua participação ou favorecimento no fato irregular. É essa a explicação a ser dada ao recorrente no tocante à sua citação tempos depois do processo ter iniciado. Foi justamente no curso do feito que ficou comprovada a necessidade de se incluir o Grupo OK Construções e Incorporações S/A. Nesse momento o recorrente foi citado para apresentar alegações de defesa (momento adequado da instauração do contraditório) com vistas a demonstrar a não participação, não favorecimento ou comprovar a boa e regular aplicação dos recursos. Nenhuma das três possibilidades foi conseguida pelo referido grupo, resultando em sua condenação solidária.

60. Sobre as restrições principiológicas às provas emprestadas.

60.1. *Argumento:* segundo o recorrente não é possível falar em prova emprestada enquanto essa não foi objeto do contraditório e da ampla defesa. "Em momento algum o Tribunal de Contas da União examinou as alegações do parquet, preferindo mencionar a inquietação daquela autoridade oficiante como pressuposto fundante par a citação do recorrente" (fl. 77, v. p. do anexo 1). Nessa seara, o apenado cita trecho do HC 73.338/RJ do STF.

60.2. O recorrente aduz que a teoria da prova emprestada não prevalece quando é utilizada pelo órgão a quem cabe a prova dos fatos.

60.3. *Análise:* não se identifica lesão aos princípios do contraditório e da ampla defesa no curso do processo. Os responsáveis foram regularmente citados, foram observados todos os prazos

processuais e contra as alegações apresentadas pelo recorrente foram exarados argumentos adequados para afastá-las.

60.4. Do referido HC 73.338/RJ extrai-se o seguinte excerto da ementa:

"E M E N T A: HABEAS CORPUS - PROVA CRIMINAL - MENORIDADE - RECONHECIMENTO - CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54) - INEXISTÊNCIA DE PROVA ESPECÍFICA - IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA IMPUTADA AO RÉU - CONDENAÇÃO POR OUTROS ILÍCITOS PENAIIS - EXACERBAÇÃO DA PENA - DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA - LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PENAL MAIS RIGOROSO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. MENORIDADE - COMPROVAÇÃO - CERTIDÃO DE NASCIMENTO - AUSÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO TÍPICA DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. - O reconhecimento da menoridade, para efeitos penais, supõe demonstração mediante prova documental específica e idônea (certidão de nascimento). A idade - qualificando-se como situação inerente ao estado civil das pessoas - expõe-se, para efeito de sua comprovação, em juízo penal, às restrições probatórias estabelecidas na lei civil (CPP, art. 155). - Se o Ministério Público oferece denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpre-lhe demonstrar, de modo consistente - e além de qualquer dúvida razoável -, a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de dezoito (18) anos) da vítima do delito tipificado no art. 1º da Lei nº 2.252/54.

[omissis]

O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. -A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público-, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet" (negritos não existentes no original) (sublinhado é o trecho trazido pelo recorrente).

60.5. No precedente do STF suscitado pelo recorrente, há de se observar que foi objeto de debate no julgado a denúncia tipificada como crime de corrupção de menores sem a justa comprovação da menoridade das pessoas afetadas. Essa é uma medida imprescindível para a comprovação do referido crime. Outro aspecto a ser ressaltado da ementa é que não compete ao réu demonstrar a sua inocência no processo penal, mas ao Ministério Público comprovar a culpabilidade do acusado. No caso do TCU a forma é inversa. Quando chamado em autos que tramitam nesta Corte

de Contas o convocado deve comprovar não ter relação com o ato irregular ou comprovar a boa e regular aplicação dos recursos. Não cabe em processos do TCU a inversão do ônus da prova.

60.6. Como contraponto ao julgado do STF, merece ser lembrado o HC 70344/ RJ - RIO DE JANEIRO, Relatoria Ministro PAULO BROSSARD:

"EMENTA: "HABEAS-CORPUS". Tráfico de entorpecente. Indícias. Inexistência de causa para condenação. Arts. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexo com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de "ter em depósito, sem autorização". O rito especial e sumário do "habeas-corpus" não o habilita para simples reexame de provas. "Habeas-corpus" conhecido, mas indeferido".

60.7. Na mesma esteira é a decisão proferida no Processo 2.0000.00.490113-7/000(1), esse com trâmite no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"DELITO DE ROUBO QUALIFICADO - PROVA INDICIÁRIA - CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE. Em face da doutrina, da jurisprudência e do sistema adotado pelo Código de Processo Penal, pode o Magistrado proferir decisão condenatória baseada única e exclusivamente em prova indiciária."

60.8. Na sexta turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, foi proferida a seguinte decisão no HC 715736- MG:

"1. Se a sentença, bem articulando os fatos postos no processo e atendendo aos requisitos do art. 381, do CPP, conclui pela condenação do réu, não há falar em falta de fundamentação e, muito menos, violação ao art. 93, IX, da CF/88.

2. Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa.

3. Nos moldes em que delineada a controvérsia, está-se, na verdade, pretendendo revolver material fático-probatório, intento não condizente com a via augusta do habeas corpus.

4. Ordem denegada."

60.9. Nos julgados levantados nos parágrafos precedentes, foram ilustradas situações, em diferentes órgãos do Poder Judiciário, em que houve condenação na esfera penal com base em provas indiciárias. Ora, se no foro penal, que é o mais restritivo no tocante à aceitação de provas sem o rigor aduzido pelo recorrente, são aceitas como válidas as provas indiciárias, nos autos que tramitam no TCU a situação não deve ser diferente. Por vezes, quando a maioria dos elementos aponta em uma direção, é adequado concluir nesse sentido, mesmo que não exista um elemento que possa ser considerado como terminativo.

60.10. Some-se a isso o fato de que em análise precedente foi apresentado o entendimento de que o elenco probatório é meio auxiliar do livre convencimento do julgador, não possuindo força vinculante. Na esteira desse entendimento, o contraditório e a ampla defesa devem ser assegurados em relação ao processo, e não isoladamente em relação a cada prova acostada aos autos. Se o julgador considerar relevante a prova para o deslinde, e entender que contra essa cabe produção de prova contrária, aí sim, é justificável possibilitar ao interessado a contraposição do elemento. O mesmo processo ocorre em relação às provas indiciárias. Se o elenco probatório aponta em um sentido, é questionável o deferimento da produção de prova, haja vista que tal medida pode ser um meio meramente protelatório.

60.11. Posto isso, não há que se falar que em relação a uma prova não cabe questionamento por essa ser parte de um processo penal, tampouco de que só devem ser aceitas as provas emprestadas de processos que já tenham passado pelo crivo do juízo penal. Novamente, o juiz não julga as provas, mas o caso concreto. Uma mesma prova em situações diferentes pode levar a conclusões diversas. O julgador profere a sua decisão com arrimo no processo, deliberação fruto do

seu livre convencimento. Aos julgadores do TCU também é assegurada a prerrogativa de proferir decisões fruto do livre convencimento.

60.12. Traz-se por empréstimo trecho do Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário, por meio do qual o Tribunal analisou os Recursos de Reconsideração, especificamente o argumento sob exame:

"41 .. Da validade do relatório da CP! e dos documentos do Ministério Público Federal como elementos de prova

Alegações

41.1 A recorrente argúi que o TCU 'tomou decisão rigorosamente desprovida de qualquer prova', pois a condenou com base na CPI do Judiciário e no fato de o Ministério Público Federal ter ajuizado ação civil pública contra o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A.. As conclusões da CPI do Judiciário e a ação civil pública intentada não constituiriam prova de nada: os documentos obtidos junto à Justiça Federal em São Paulo e os encaminhados pelo Procurador-Geral de República, comprovariam, no entender do TCU (Decisão nº 298/2000 - Plenário), que o Grupo OK é acionista controlador da INCAL INCORPORAÇÕES S.A., mas, como não houve qualquer sentença naquela ação reconhecendo tal fato, ditos documentos nada provariam. Não se poderia, dessa forma, tomar como verdade as alegações do Parquet Federal, que não geram presunção de culpa da recorrente, pois, 'se tudo o que o Ministério Público afirmasse em juízo fosse verdade, fática ou jurídica, não haveria necessidade de juiz ou de processo.'

41.2 Sustenta o Grupo OK, outrossim, que as comissões parlamentares de inquérito não julgam ninguém e suas conclusões não têm eficácia probante, a não ser como mera investigação, pela sua própria natureza de inquérito, de tal sorte que elas não servem de fundamento para a condenação dos recorrentes à responsabilidade solidária. Não podem as CPIs praticar atos sob reserva constitucional de jurisdição, entre os quais o mais típico: o de julgar. Dessarte, 'as conclusões da CPI do Judiciário não comprovam nada, relativamente à recorrente, pois não é da sua natureza provar.'

41.3 Ainda quanto a esse tópico, argumenta a recorrente, alfim, que foram usados como fundamento da condenação documentos apócrifos e sem autenticação, sem valor probante.

Análise

[omissis]

41.5 Por que os documentos originários do Ministério Público e da CPI do Judiciário não poderiam ser considerados meios de prova? Tão-só por vontade da recorrente? Decerto, não tem razão o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A.. Todos os meios moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos, máxime os documentos. Se a recorrente os reputa falsos, cabia a ela demonstrar a falsidade de tais documentos. Ao revés disso, limitou-se a anatemizá-los, estabelecendo como dogma que documentos fornecidos pelo Ministério Público ou por CP/ não têm valor probante. Na forma como ataca a validade do uso da documentação extraída de outros processos, a recorrente parece desconhecer a chamada 'prova emprestada', admissível no Direito pátrio.

41.6 O raciocínio de que, por não haver sentença na ação civil pública intentada pelo Ministério Público, os documentos lá constantes não valeriam como prova constitui rematado despautério, por inverter a lógica do direito processual. Concluir que, para valerem como prova os elementos obtidos junto ao Ministério Público e à CPI, seria mister haver uma sentença na ação civil pública lastreada nesses elementos equivale a dizer que a prova só existe como consectário da sentença, quando, na verdade, é a decisão que se guia pelas provas, no sentido de que é por meio do exame do conjunto probatório que o juiz forma sua convicção. E foi exatamente isso que aconteceu no acórdão ora recorrido. Examinando os documentos trazidos aos autos - AS PROVAS-, esta Corte de Contas concluiu pela responsabilidade do GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A.. O causídico da recorrente, tão conhecedor dos ditos e das fábulas, já deve ter ouvido aquele apotegma segundo o qual 'não se pode colocar a carroça na frente dos bois'. Assim, não se mostra nem um pouco ponderável preconizar que as provas usadas em um processo só existam como provas

após a sentença, quando se sabe que elas são um antecedente da decisão. E não há princípio, lei ou norma que impeça a utilização pelo TCU de elementos probatórios obtidos lícitamente em outras instâncias, quer estejam em curso, quer já tenham sido encerrados os processos nos quais a prova foi inicialmente produzida. Por fim, importa salientar que o juízo feito pelo TCU não se baseou em meras informações ou alegações do Ministério Público Federal, mas nos documentos por ele fornecidos.

[omissis]

41.12 Com respeito à alegação de que o julgamento das contas se fundou em documentos apócrifos e sem autenticação, cumpre notar que a valoração da prova é uma atribuição do órgão julgante. A parte pode defender a invalidade ou impertinência de algum elemento probatório, mas a palavra final a respeito disso é a do julgador. O princípio da livre apreciação da prova pelo juiz constitui um dos cânones do direito adjetivo pátrio (cf REsp nº 7.870/SP, DJ de 03.02.92) e encontra-se positivado no art. 131 do Código de Processo Civil, in verbis:

'Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

*' 41.13 Na peça recursai, o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. não identifica expressamente quais seriam os documentos apócrifos ou sem autenticação. Ademais, a impugnação de documentos apenas e tão-somente pelo fato de não estarem autenticados soa como chicana, vez que se afigura completamente desarrazoado que seja desconsiderado o conteúdo dos documentos obtidos junto ao Ministério Público Federal, por não estarem autenticados, pois constam da ação civil pública por ele impetrada e da qual é ré a ora recorrente. Se as cópias constantes deste processo não condizem com os originais presentes naquela ação, cumpria à recorrente demonstrá-lo. Por outro lado, em não existindo incongruência entre umas e outros, a impugnação da recorrente avizinhar-se-ia a uma verdadeira rabulice. Cabe aqui invocar o princípio dopas de **nullité sans grief** De feito, no processo administrativo que se desenvolve nesta Corte de Contas, a exemplo do processo penal, a eventual ocorrência de imperfeição não deve dar ensejo a nulidades (ou, no caso, a invalidade da prova) se delas não decorre prejuízo para o responsável. Se os documentos não autenticados neste processo são cópia fiel dos integrantes do feito judicial - e isso não é negado pelo Grupo OK -, não há qualquer motivo plausível para se acolher a argumentação da recorrente de que o seu valor probante seria nulo. Ademais, o Volume 33 deste processo, no qual constam as alegações de defesa da recorrente, está repleto de cópias não autenticadas de documentos apresentados pelo Grupo OK. É, pois, no mínimo, um grande contra-senso a recorrente alegar, nesta fase processual, a invalidade de documentos não autenticados, quando ela mesma os apresentou nessas condições. "*

60.13. A linha defendida no Relatório do referido acórdão trafega no mesmo sentido do pensamento apresentado pelo auditor instrutor. A conclusão é que a argumentação do apenado não é acolhida pela melhor doutrina acerca do tema, tampouco está amparada pela jurisprudência predominante.

61. Do contexto de animosidade.

61.1. Argumento: o recorrente afirma existir na época dos fatos várias animosidades entre instituições, o que teria sido refletivo nos julgamentos desta Corte de Contas. "No que pertine à animosidade referida, é fundamental lembrar que em cercanias dos fatos se desenvolviam três grandes alterações: uma do TRT com Procuradores Federais de São Paulo, outra entre o Senador Luiz Estevão e o Procurador Luiz Francisco e, a terceira, entre Procuradores do MPF" (fl. 79, v. p. do anexo 1).

61.2. Análise: o apenado não conseguiu demonstrar como a suscitada animosidade interferiu nas decisões proferidas nos presentes autos. Perigosa ilação foi feita pelo recorrente, deixando transparecer que os deslindes proferidos pelo TCU foram acometidos pelas pré-faladas animosidades, sem demonstrar que essa situação é real. Esse argumento não merece maior enfrentado em razão da falta de elementos que o confirme.

62. Citação sem fundamentação jurídica.

62.1. *Argumento:* o recorrente afirma não existir o silogismo necessário entre o argumento do MP/TCU, que conclui ser o Grupo Ok Construções e Incorporações S/A. controlador da Incal, e o pedido para inclusão do referido grupo solidariamente como responsável pelos danos causados ao erário. Ele afirma que a sua inclusão foi motivada pela capacidade do apenado responder com seu patrimônio, garantindo assim o seu ressarcimento. A tentativa de responsabilização partiu de documentos surgidos no âmbito do Ministério Público Federal, os quais teriam sido afastados pelos depoimentos produzidos em juízo.

62.2. O recorrente assevera que apenas no Acórdão 301/2001 - Plenário foram declinados os motivos da citação e conseqüente condenação.

62.3. *Análise:* a citação é resultado dos indícios de participação e favorecimento do Grupo Ok Construções e Incorporações S/A nas irregularidades apuradas neste TC. Em atendimento ao inciso II do art. 12 da Lei 8.443/92 o recorrente deveria ter apresentado alegações de defesa suficientes ao descortino da realidade que ele afirma existir, o que até este momento não conseguiu fazer. Por não terem sido refutados os elementos motivadores da citação, adveio a condenação ora recorrida.

63. Da síntese fiel dos fatos que motivaram a condenação.

63.1. *Argumento:* o recorrente limita a informar os parágrafos 45.24, 45.25, 45.35 e 45.36 do Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário como fundamentos da condenação, e aduz que desde antes do voto condutor da Decisão 452/1998 - Plenário, com exceção do inciso IV do referido parágrafo 45.36, as informações eram veiculadas pela mídia.

63.2. *Análise:* esse argumento tem por natureza destacar pontos da decisão por meio da qual o Tribunal deslindou os Recursos de Reconsideração, estando desprovido do caráter argumentativo. A informação de que os elementos relacionados no item 45.36 do Relatório elencam informações veiculadas pela imprensa antes da Decisão 452/98 - Plenário atesta a isenção da atuação do TCU, que incluiu o apenado no rol dos responsáveis apenas com a colação nos autos de informações consistentes do envolvimento do recorrente.

63.3. Diferentemente do que aduz o recorrente, a responsabilidade solidária do grupo OK não resulta exclusivamente dos quatro itens relatados no argumento. Os fundamentos da solidariedade identificados pelo TCU estão assentados nos trinta e três parágrafos proferidos na análise do item 45 (da responsabilidade solidária do Grupo OK pelas irregularidades) do Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário.

64. Das provas contra os motivos da condenação.

Das relações com o Deputado João Fassarela.

64.1. *Argumento:* o recorrente afirma que o ex-Deputado renunciou ao mandato para concorrer à prefeitura de Governador Valadares, envolvendo-se com empresa do "valerioduto". Alega que não teria cabimento lógico solicitar ao parlamentar que requereu a suspensão da liberação de dinheiros a alocação de recursos para as obras sob exame. Anota que o ex-Juiz Nicolau dos Santos Neto tinha amigos ocupando cargos no primeiro escalão do Poder Executivo.

64.2. *Análise:* esse argumento não constitui informação com força probante suficiente para alterar a decisão recorrida.

65. Dos fatos novos e respectivas provas.

65.1. *Argumento:* o recorrente afirma que o encontro que manteve com o ex-Deputado João Fassarela aconteceu no dia 17/01/1999, e não nos dias 10 e 12 de janeiro de 1999. Aduz que a tratativa mantida com o ex-deputado versou sobre interesse do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, sendo o encontro presenciado pelo Senador Ramez Tebet. O interessado diz ser impossível obter uma segunda declaração do ex-parlamentar João Fassarela em razão de sua morte em 12/11/2006.

65.2. *Análise:* traz-se à colação o trecho Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário em que há menção da denúncia feita pelo ex-Deputado João Fassarela: (fl. 328, v. 46) "45.24 Ao fim, integrou os documentos utilizados pelo Parquet Federal na ação civil pública intentada contra o

GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. depoimento do deputado João Passarela, no qual informou que, no início de 1999, o Diretor-Presidente da empresa, Sr. Luiz Estevão de Oliveira, interveio diretamente junto àquele parlamentar, à época um dos relatores da Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional, rogando fosse revisto o corte de verbas na proposta do Fórum trabalhista, sugerido pelo depoente. Que grande interesse levaria o Diretor Presidente do Grupo OK a, com insistência, patrocinar a destinação de verbas para a construção da obra em comento (...)"

65.3. Para analisar de forma mais adequada a alegação do recorrente, deve ser resgatada a parte do item de Instrução da Unidade Técnica que não integrou a decisão sob exame. Assim é que prossegue o item 45.24 (fl. 13, v. 46):

"... se, como a recorrente sustenta, nunca foi acionista da INCAL INCORPORAÇÕES S.A. e não teve participação alguma, direta ou indireta, no contrato celebrado entre esta e o TRT Paulista? As intervenções do Diretor-Presidente do Grupo OK foram reconhecidas em sua própria defesa na CPI do Judiciário, como consta do relatório final da CPI (fls. 8/9 do volume 35).

'A Representação n. 2, de 1999, alega que o Senador Luiz Estevão teria, por duas ocasiões, exercido pressão junto a órgãos públicos no sentido de defender os interesses do Grupo Monteiro de Barros.

A r ocasião em que ocorreram tais ações, o Senador Luiz Estevão teria procurado o Ministro do Tribunal de Contas da União Adernar Ghisi, para obter explicações sobre a auditoria que este tribunal realizava nas obras de construção do fórum trabalhista de São Paulo. Nesta ocasião, o Ministro Adernar Ghisi o teria orientado a procurar o relator responsável pela auditoria. A 2ª vez ocorreu quando o Senador Luiz Estevão teria procurado o Dep. João Passarela, durante a votação do Orçamento Geral da União para o ano de 1999. O Dep. João Passarela era o subrelator do Poder Judiciário na Comissão Mista de Orçamento. A Representação alega ainda que o Senador Luiz Estevão teria inicialmente negado tais encontros, mas tanto o Ministro Adernar Ghisi quanto o Dep. João Passarela confirmaram em público o que ocorreria. (...) A defesa reconhece que o Senador Luiz Estevão teria procurado o Ministro Adernar Ghisi para obter informações sobre a auditoria que o TCU executava nas obras do TRT de São Paulo, mas na ocasião, o Senador Luiz Estevão não exercia mandato de Senador nem de Deputado Distrital'" (fl. 133, v. 46).

65.4. Com essa complementação o cenário ganha contorno mais amplo que o apresentado pelo grupo. Na verdade, o representante legal do recorrente teria abordado duas autoridades com vistas a defender os seus interesses na continuidade das obras.

65.5. Impossível colher novo pronunciamento do ex-Deputado, pois, como ressaltou o recorrente, ele faleceu em 2006.

65.6. Sobreleva que o trecho colocado em evidência é proveniente do Relatório Final da CPI do Judiciário, ou seja, a rigor, o ex-Senador não conseguiu afastar perante seus pares a denúncia do ex-Deputado João Passarela.

65.7. Ademais, mesmo que o recorrente tivesse razão acerca desse ponto, isso, por si só, não seria suficiente para afastar a solidariedade dele, haja vista que a sua responsabilização está pautada em um elenco de provas, e não apenas na acusação feita pelo ex-Deputado falecido.

66. Das fraudes no processo licitatório e da Administração do Grupo.

66.1. Argumento: o recorrente sustenta que se fosse procedente o conluio, o mais fácil seria celebrar o contrato por meio de contratação direta sem licitação, com arrimo em precedente de contratação celebrado pelos TRT de Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Outra medida, segundo o apenado, seria a especificação mais restrita do objeto a ser contratado. Ele aduz que 30 empresas retiraram o edital e 28 empresas visitaram o local.

66.2. Segundo o recorrente, o Grupo OK perdeu o certame, tendo o seu representante demonstrado publicamente seu inconformismo com o resultado. Ele faz a seguinte pergunta: "se a

licitação estava viciada, por que nenhum membro da Comissão Permanente de Licitação foi denunciado pelo Ministério Público?" (fl. 93, v. p. do anexo I).

66.3. *Análise: primeiro, o cerne da condenação não resulta de irregularidades no processo licitatório. É evidente que o objeto foi especificado de forma incorreta, o que veio a pavimentar caminho firme para a prática da irregularidade apurada posteriormente. O recorrente participou de processo licitatório por meio do consórcio Grupo O KI Augusto Velloso, sendo corrente entre os participantes a informação de que eles ganhariam. Ocorre que não ganharam, o que pode justificar a compra de 90% da empresa celebrante do contrato.*

66.4. *No tocante à não responsabilização dos integrantes da Comissão Permanente de Licitação, as falhas cometidas por eles, dada a proporção do dano apurado, mostrou ser de baixa lesividade, não justificando persistir nessa vertente em face da materialidade do desvio apurado. Ademais, as condutas dos agentes públicos podem ensejar punição quando da apreciação das contas anuais que tramitam conjuntamente com este processo.*

67. Dos fatos novos e respectivas provas.

67.1. *Argumento: segundo o recorrente:*

"a) depoimento prestado pelo ilustre Juiz Jamil Zantut, à época membro da Comissão de Licitação, no próprio Ministério Público Federal e, mais tarde, no Poder Judiciário, revela o inconformismo do representante do Grupo OK com a derrota na licitação;

b) matérias jornalísticas na época demonstram o mesmo fato" (fl. 94, v. p. do anexo I).

67.2. *Análise: esses argumentos foram enfrentados anteriormente. O cerne da condenação não está no processo licitatório, mas na execução do contrato avençado. O inconformismo do Grupo OK quanto ao resultado da licitação não invalida a possibilidade de ele vir a contribuir na irregularidade consumada na fase executória, haja vista a participação adquirida na empresa contratada.*

68. *Da questão do sócio oculto da Incal.*

68.1. *Argumento: o recorrente afirma que "pelo fato amplamente conhecido de que o representante do Grupo OK tem como um dos traços distintivos da sua personalidade assumir a frente de seus negócios, sendo irrazoável que não fosse sequer conhecido dos Presidentes do TRT, dos empregados no canteiro de obras, do gerente dos bancos que tratavam do assunto do TRTISP" (fl. 95, v. p. do anexo I). Em seguida, cita o inciso V do item 45.36 do Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário, onde há menção à tentativa do recorrente de conferir contornos de legitimidade às transações havida com o Grupo Monteiro de Barros.*

68.2. *No mais, o responsável argumenta que não seria necessário ocultar a sociedade, posto em vários outros empreendimentos terem ocorridos negócios ostensivos e provados.*

68.3. *Análise: os traços marcantes da personalidade do proprietário do Grupo OK apontados no argumento vertente não desautoriza a conclusão de ser o referido grupo detentor de 90% da empresa celebrante do contrato. Ora, justamente em razão do fato do proprietário do grupo ser reconhecidamente uma pessoa inteligente, e dos elementos assentados nos autos demonstrarem que foi armado um esquema para fraudar o erário, é fácil concluir que o desejo dos integrantes era ocultar os participantes e as relações do esquema, o que justifica a existência de um contrato de gaveta, esse apreendido no cofre da residência do Sr. Fábio Monteiro de Barros Filho.*

68.4. *Em relação à regularidade das transações, diverso daquilo que afirma o recorrente, os negócios não tiveram a sua validade reconhecida, como apontou trecho do Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário:*

"45.17 Como corolário das considerações supra, tem-se que o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. não logrou demonstrar a existência de negócios com as empresas do Grupo Monteiro de Barros que justificassem as ingentes transferências de recursos provenientes, em última análise, dos pagamentos feitos pelo TRT paulista à INCAL INCORPORAÇÕES S.A. .. As tentativas malogradas de negar a condição de acionista controlador da Incal e de justificar os pagamentos mediante negócios que, com base nos elementos fornecidos pelo

Ministério Público Federal, foram considerados inexistentes por esta Corte, é indicativo seguro da participação da recorrente no esquema de desvio de dinheiro público, bem assim de má-fé, o que só vem reforçar a correção na imputação de multa ao Grupo OK (...)

(...)

45.19 Robustece essa conclusão, outrossim, o próprio modo como foi constituída a INCAL INCORPORAÇÕES S.A., com capital social risível, mais uma maneira de os responsáveis se furtarem das obrigações decorrentes dos atos ilícitos praticados. Nem se restringe a responsabilidade da recorrente aos valores a ela repassados pelas empresas do Grupo Monteiro de Barros. Com efeito, a responsabilidade aquiliana dos arts. 159 e 1.518 do Código Civil não está a pressupor, necessariamente, enriquecimento ilícito. O fundamental nesse tipo de responsabilidade é a existência do dano e a verificação da conduta juridicamente censurável que deu origem a esse dano, ambas fartamente comprovadas nestes autos. Presentes essas duas condições, faz-se mister a recomposição patrimonial do ofendido (no caso, a União), pelos causadores do prejuízo. Ainda que da ação reprochada não adviesse - e adveio - benefício direto ao GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A., remanesceria sua obrigação, como partícipe do esquema engendrado, de reparar o dano existente. No processo, foram seguramente demonstrados repasses de pelo menos 34 milhões de dólares à recorrente, o que não significa que apenas esse montante aproveitou ao Grupo OK, mesmo porque, possuindo 90% das ações da INCAL INCORPORAÇÕES S.A., também era beneficiado dessa forma pelos desfalques."

68.5. Após análise das transações havidas entre o Grupo Ok e as empresas do Grupo Monteiro de Barros, a conclusão do corpo técnico desta Corte de Contas é que a documentação apresentada não conseguiu dar suporte aos fatos narrados pelo recorrente, não cabendo afastar a responsabilidade dele. O tema continua a ser parcialmente enfrentado no argumento seguinte.

69. Sobre a alegação de o contrato ter sido assinado com outra empresa.

69 .1. Argumento: o recorrente afirma que a Incal Incorporações S/A teve a sua constituição (20/02/92) próxima da licitação (24/02/92), mas não antes dessa. A criação na verdade foi fruto da necessidade de reestruturação empresarial, o que teria sido considerado pela Comissão de Licitação, segundo o Dr. Orlando Apuene Bertão, o oferecimento de uma garantia maior à execução do contrato.

69.2. Análise: oportuno resgatar do TC 700.73111992-0 (autos que tratam de Inspeção Ordinária Setorial no Setor de Licitação/Dispensa no TRTISP) informações com vistas a melhor enfrentar o argumento ora em tela. Em 10/02/92 a Comissão Permanente de Licitação realizou reunião com o intuito de esclarecer dúvidas formuladas por escrito pelos licitantes (fls. 43155 do v. p. do referido TC). Estiveram presentes os representantes de 14 interessados, entre os quais Construtora Augusto Velloso S/A, Monteiro de Barros - Escritório Imobiliário Ltda., Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda. e Grupo Ok Construções e Incorporações S/A.

69.3. Em 25/02/92 a Comissão de Licitação se reuniu (fls. 56158 do v. p. do referido processo) para receber a documentação e as propostas técnicas dos interessados. Compareceram a Construtora Augusto Velloso S/A, em consórcio com o Grupo Ok de Construções e Incorporações S/A, Empreendimentos Patrimoniais Santa Gisele Ltda. e Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda. Os Srs. Décio Tozzi e Fábio Monteiro de Barros Filho informaram que estavam presentes na qualidade de consultores da Incal.

69.4. Em 09/03/92 a Comissão de Licitação realizou reunião com o objetivo de qualificar as propostas (fls. 59160, v. p. do referido processo). Foram qualificadas as propostas do consórcio constituído pela Construtora Augusto Velloso S/A e o Grupo Ok de Construções e Incorporações S/A e da Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda.

69.5. Segundo a proposta comercial oferecida pela Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda., "com o crescimento das atividades no segmento imobiliário, a INCAL optou pela estruturação de uma empresa com personalidade jurídico-administrativa - INCAL Incorporações S.A.,

controlada pela INCAL Indústria e Comércio de Alumínio Ltda., que será responsável pelo empreendimento" (fls. 101/109, v. p. do referido processo).

69.6. A Incal Incorporações S/A teve a sua assembléia de constituição (fls. 182/185, v. p. do referido processo) em 19/02/92. O capital social foi subscrito 90% pela Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda. e 10% pelo Monteiro de Barros Investimentos S/A. O capital subscrito foi de CR\$ 1.000.000,00, estando esse dividido em 1000 ações, ao preço unitário de CR\$ 1.000,00. Oportuno recordar que em 25/02/92, mesmo sendo proprietário da empresa detentora de 10% da Incal Incorporações S/A, o Sr. Fábio Monteiro de Barros Filho se declarou consultor da empresa que participava do certame, e não como proprietário minoritário.

69.7. Em 31/03/92, o objeto da licitação foi adjudicado pelo Juiz Presidente, Sr. Nicolau dos Santos Neto, à Incal Incorporações S/A (fl. 188, v. p. do referido processo), mesmo não tendo a referida empresa participado do certame.

69.8. A Escritura de Compromisso de Venda e Compra foi assinada pela Incal Incorporações S/A e pelo Tribunal Regional do Trabalho - 2ª Região em 14/09/92 (fls. 190/206, v. p. do referido processo).

69.9. Às fls. 25/26, v. 39 do TC. 001.025/1998-8, está assentado o Instrumento de Compra e Venda de Ações e Mandato, lavrado em 20/02/92, por meio do qual a Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda. transfere os seus 90% da empresa Incal Incorporações S/A para a Monteiro de Barros Investimentos S/A. Nesse instrumento, na cláusula primeira, a Outorgante declara que "é participante da Concorrência 01/92, promovida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que tem por objeto a instalação das Juntas de Conciliação e Julgamento da Cidade de São Paulo, e ainda, que em sendo considerada vencedora desta concorrência, a construção dos edifícios que abrigarão Juntas será de responsabilidade da Incal Incorporações S/A (fl. 25, v. 39). A transação foi ultimada por CR\$ 1.500.000,00, ou seja, R\$ 1.666,66 o preço unitário de cada uma das 900 ações da Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda. Com apenas um dia de constituição a empresa teve a valorização de aproximadamente 70%.

69.10. No dia seguinte à aquisição (21/02/92) (fls. 27/28, v. 39), o grupo Monteiro de Barros Investimentos S/A repassou a participação acionária adquirida junto à Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda. pelo valor de CR\$ 1.350.000,00 para o Grupo Ok de Construções e Incorporações S/A, causando-lhe um prejuízo de CR\$ 150.000,00. Há também no instrumento de compra e venda a informação de que a Incal Incorporações S/A poderá vir a celebrar contrato para a construção das instalações destinadas às Juntas de Conciliação e Julgamento da Cidade de São Paulo.

69.11. A cronologia dos fatos narrados, todos alicerçados em prova documental, comprova que o Grupo Ok de Construções e Incorporações S/A quando da adjudicação do objeto da licitação (31/03/92) tinha participação nas duas empresas habilitadas pela Comissão de Licitação.

69.12. Diante do histórico apresentado é irrelevante o fato de a empresa que celebrou o contrato ter sido constituída antes da licitação. Ocorre que quando da adjudicação do bem e da assinatura da avença a empresa que participou da concorrência na qualidade de detentora da celebrante já não tinha participação acionária nesta. Mesmo assim o proprietário da Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda. subscreve o contrato com o TRT de São Paulo na qualidade de dirigente máximo da Incal Incorporações S/A, situação absolutamente impertinente.

69.13. Não é possível extrair dos autos a conclusão do Dr. Orlando Apuene Bertão de que a celebração do contrato com a Incal Incorporações S/A trouxe maior garantia, até em razão do baixo capital social da empresa constituída.

69.14. Assim, persiste a irregularidade no tocante à celebração com empresa estranha ao certame, e a certeza de que o Grupo Ok de Construções e Incorporações S/A atuou como empresa oculta na gestão da Incal Incorporações S/A.

70. De como surgiu o contrato encontrado no cofre.

70.1. *Argumento:* o recorrente afirma que procurou inicialmente Fábio Monteiro de Barros Filho com vistas a participarem na licitação por meio de um consórcio. "Chegaram a fechar negócio, passando o controle acionário da futura participante da licitação a pertencer ao grupo OK. Esse é o contrato encontrado no cofre da empresa Monteiro de Barros". Em seguida a esse fato, porém, o representante do Grupo OK foi procurado pelo representante da Construtora Augusto Velloso que o convenceu possuir proposta técnica muito superior a de qualquer concorrente, razão pela qual decidiu associar-se com o mesmo empreendimento (fl. 97, v. p. do anexo I).

70.2. *Análise:* a alegação do recorrente reside exclusivamente no campo argumentativo, nenhuma prova satisfatoriamente robusta foi produzida. Vale a pena observar que entre a constituição da empresa Incal Incorporações SI A (19/02/92) e o recebimento das propostas das empresas pelo TRTISP (25102192) o prazo é curto. Não há prova de que a venda de ações da Incal Incorporações SIA para o Grupo Ok tenha sido cancelada.

71. Dos elementos que infirmam a eficácia desse contrato. Das cautelas no desfazimento do negócio.

71.1. *Argumento:* o recorrente fundamenta este argumento no extravio do livro de transferência de ações nominativas e no aumento de capital da Incal Incorporações SI A de 1.000 para 4.001.000 ações, o que deixaria o Grupo OK com uma participação irrisória, por deter apenas 900 ações.

71.2. Para o recorrente, "o representante do Grupo Monteiro de Barros, Fábio Monteiro de Barros, revelou-se extremamente temeroso, que após a licitação que havia vencido, o representante do Grupo OK tentasse validar o negócio anulado e com isso assumisse o empreendimento. Por isso, adotou uma série de cautelas, que como dito, na atualidade, favorecem os argumentos do representante do Grupo OK, entre as quais:" (fl. 98, v. p. do anexo I).

71.3. *Análise:* relativamente à ata da assembléia que deliberou o aumento de capital (fl. 43, v. 33), cabe anotar que, embora a mesa da assembléia fosse composta pelo Presidente João Júlio Cesar Valentini e pelo Secretário Fábio Monteiro de Barros Filho, apenas este segundo subscreve o documento, o que causa estranheza em razão da relevância da matéria. A única coisa que se consegue extrair do documento é que foi levado a registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo, que certifica que a ata é cópia fiel do original lavrado em livro próprio. Em relação à autenticidade e à data da assembléia, ou se essa de fato houve, nada pode ser afirmado.

71.4. A comunicação do extravio foi publicada em 29/12/93 (fl. 314, v. 60). Posterior à inspeção feita pelo TCU.

71.5. A justificativa apresentada para o documento encontrado sob a guarda do Sr. Fábio Monteiro de Barros Filho é bastante incomum, se o interesse dele era eliminar qualquer possibilidade de ter o controle acionário da Incal Incorporações S/A questionado, o esperado é que destruísse toda a documentação, em vez de guardar cópia de um documento que ele sabia que poderia ser utilizado contra ele.

71.6. De fato, o recorrente continua sem conseguir demonstrar a pertinência de seu argumento, pois além da questionável a validade da ata, diante da questão apontada, não há prova de que a venda de ações ao recorrente tenha sido efetivamente cancelada. A marca característica dos negócios ocultos é justamente a aparente normalidade que se busca atribuir e a omissão de pessoas envolvidas na transação. Considerando que o Grupo OK participou da licitação com outra empresa, nada mais acertado que buscar omitir a sua participação na Incal Incorporações S/A., relação que caso viesse a ser divulgada seria motivo mais que suficiente para anular a concorrência por afrontar o elenco normativo.

72. Das atas das assembleias.

72.1. *Argumento:* no tocante a essa questão, o recorrente aponta que nas atas constam todos os proprietários da Incal Incorporações SIA, não havendo a participação do Grupo OK.

72.2. *Análise:* sobressai das atas lavradas por ocasião das assembleias da Incal Incorporações SI A, essas levadas a registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo, que na

assembléia de constituição (fls. 40142, v. 33) assinam o documento os Srs. João Júlio Cesar Valentini e Fábio Monteiro de Barros Filho na qualidade de Presidente e de Secretário, respectivamente, e em nome das empresas que representam, essas proprietárias do estabelecimento constituído. O mesmo não aconteceu na assembléia por meio da qual se deliberou o aumento de capital e transferência do controle acionário para Fábio Monteiro de Barros Investimentos S/A (fls. 43145, v. 33), pois a ata só foi assinada pelo Sr. Fábio Monteiro de Barros, mesmo o Presidente João Júlio Cesar Valentini estando presente.

72.3 Por outro lado, a ata da assembléia realizada em 17/12/1993 (fls. 47148, v. 33) foi assinada apenas pelo Presidente João Júlio Cesar Valentini, na qualidade de presidente, mesmo estando presente o Secretário Fábio Monteiro de Barros Filho.

72.4. A ausência de uniformidade nas atas das assembleias da Incal Incorporações SI A faz com que exista incredulidade acerca da lisura dos documentos, resultando no fato de que elas, em vez de socorrerem os responsáveis, reforçam o elenco de provas indiciárias.

73. Da escritura sem referência ao Grupo OK.

73.1. Argumento: o apenado aponta o fato de não configurar na escritura lavrada entre o TRTISP e a Incal Incorporações SIA como meio garantidor do seu não envolvimento no dano em questão.

73.2. Análise: ora, se a conclusão é que havia um conluio para lesar o erário, que o Grupo OK atuava como sócio oculto, aparecendo em suas contas transferências financeiras da Incal sem o justo motivo, haja vista que a documentação apresentada como suporte foi afastada, que o representante legal do referido grupo fazia gestões políticas para liberação de dinheiros, assim como incursão ao TCU para inteirar-se sobre fiscalização nas obras, interesse que não foi devidamente justificado, nada mais natural que o Grupo OK e o seu representante legal não tenham aparecido de forma ostensiva na documentação que retrata a execução contratual.

74. Da inexistência de outros documentos no cofre.

74.1. Argumento: o recorrente diz não saber o motivo que levou Fábio Monteiro de Barros a guardar um documento inválido. Que durante o processo de busca não surgiu qualquer documento que comprovasse a participação dele no aumento de capital, tampouco que desmentisse o desfazimento do negócio.

74.2. Análise: na verdade, a lógica a ser empregada em relação a esse argumento é diferente da esposada pelo interessado. Ele não consegue comprovar de maneira satisfatória que não era sócio oculto e que a venda que levou à sua participação na empresa Incal Incorporações SI A foi desfeita.

75. Da inexistência de impedimentos à formalização de sociedade ostensiva.

75.1. Argumento: o recorrente defende que à época não existia qualquer impedimento à associação entre o Fábio Monteiro de Barros Filho e o Luiz Estevão, assim, o que justificaria uma sociedade oculta?

75.2. Análise: improvável seria a participação do Grupo OK na licitação por intermédio de dois consórcios. A única possibilidade seria atuar ostensivamente em um consórcio e de maneira oculta no segundo concorrente. Dessa forma, não são descabidas as conclusões a que chegaram os presentes autos.

76. Das tratativas entre os donos da local.

76.1. Argumento: o responsável aponta documento levado a registro em 02/08/95 (fl. 45, v. 39), segundo o qual o Sr. João Julio César Valentini tem a sua responsabilidade excluída em relação às obras o Fórum Trabalhista de 1ª Instância da Cidade de São Paulo.

76.2. Análise: contrário a esse argumento aplica-se os motivos precedentes, ou seja, não há uma comprovação efetiva e é factível que o recorrente tivesse interesse em manter a sociedade oculta.

77. Da contradição com outras peças do processo.

77.1. *Argumento: o responsável assevera que não foram analisadas as provas do distrato, que com o aumento de capital a participação do Grupo OK, a persistir, seria de 0,002249437 e não há documento que comprove a continuidade da sociedade. Caso não seja afastada a sua responsabilidade, que o débito seja reduzido para o percentual da sua nova participação.*

77.2. *Análise: a singela apresentação de documentos, como a observada no caso concreto, não possui o condão de substituir a celebração de termo de distrato, pois esse deve seguir o formalismo próprio, como o ato de celebração de um contrato de transferência patrimonial, esse último existente nos autos.*

77.3. *No tocante à redução da participação do Grupo OK na Incal Incorporações S/A, com o registro do termo de compra e venda, o aumento de capital seria questionável sem a participação do acionista majoritário, podendo ruir a validade da assembléia que deliberou o aumento do capital social.*

77.4. *Em relação à continuidade da sociedade, é plausível que em face da intenção do Grupo OK de permanecer oculto não existam documentos que ostentem a sua real condição. Como dito anteriormente, a condenação resulta do elenco probatório, e não de um documento isoladamente. Some-se à venda de ações o repasse de recursos próximos dos pagamentos efetuados pelo TRT/SP sem a adequada comprovação dos negócios que motivaram o recebimento dos dinheiros.*

77.5 *Como a tese da redução da participação acionária não foi acolhida, o pleito para que seja reduzido o débito sequer merece ser analisado. Mesmo assim, apenas para argumentar, a condenação foi solidária, sendo esse resultado da participação dos agentes no dano ao erário, e não em função de quanto cada um recebeu do recurso desviado ou da participação acionária na empresa usada como instrumento viabilizador da lesão ao erário.*

78. Dos fatos novos.

Dos depoimentos colhidos em juízo.

78.1. *Argumento: o recorrente relaciona dirigentes do TRT/SP e técnicos envolvidos na obra, que teriam declarado não conhecerem o Sr. Luiz Estevão. "Ora se ficou assentado definitivamente, em juízo, que o agente responsável pela liberação das verbas era mesmo o ex-Presidente Nicolau dos Santos Neto e que os outros Presidentes sequer conheciam o representante pessoal do recorrente, Luiz Estevão, como é possível subsistir a acusação de tráfico de influência por liberação de verbas?" (fl. 103, v. p. do anexo 1).*

78.2. *Análise: quando um grupo de pessoas atua em conluio é normal que cada uma fique encarregada de uma ação. No caso vertente, há indícios de que competia ao Sr. Nicolau dos Santos Neto fazer gestão junto ao TRT/SP para as liberações dos pagamentos, dada a sua condição de presidente da comissão de obras, o que dispensaria a atuação do representante do recorrente junto aos dirigentes do TRT/SP. Ao ex-Senador Luiz Estevão viabilizar a alocação de recursos para as obras, na esteira das declarações do ex-Deputado João Passarela. Ao Sr. Fábio Monteiro de Barros Filho tentar conferir à construção e à empresa Incal Incorporações S/A a aparência de regularidade.*

78.3. *Dessa forma, para evitar problemas no esquema montado é bastante razoável que o dirigente do Grupo OK se mantivesse oculto, e ninguém o tivesse visto fazendo gestão junto ao TRT/SP e nas obras contratadas pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo.*

79. Das buscas e apreensões.

79.1. *Argumento: o recorrente afirma que nada foi encontrado em sua residência e no Grupo OK que tivesse ligação com o Grupo Monteiro de Barros na construção da sede dos cartórios trabalhistas de São Paulo. A busca e apreensão foi realizada em 29/08/2001.*

79.2. *Análise: esse argumento só serve de meio para comprovar que nos referidos locais não existia documentação que estabelecesse o liame entre Luiz Estevão e Fábio Monteiro de Barros Filho, ou seus grupos empresariais, não sendo hábil à comprovação de que de fato o vínculo não existia.*

79.3. *Quanto à data de realização das buscas e apreensões (29/08/2001), essa ocorreu bem depois de medida idêntica realizada no domicílio do Sr. Fábio Monteiro de Barros Filho, como*

notícia expediente do Ministério Público Federal dirigido ao Juiz do caso (fls. 06/09, v. 27), de 24/05/2000. Considerando o lapso temporal, o representante do recorrente teve tempo suficiente para eliminar toda e qualquer prova que o ligasse à Incal Incorporações Ltda. Reside aí, no tempo decorrido, a fragilidade da argumentação.

80. Das despesas na conta do Grupo Monteiro de Barros.

80.1. Argumento: alega que nas contas da Incal Incorporações S/A há registro de pagamentos de contas pessoais de dirigentes e de seus parentes, e que, por certo, se o Grupo OK fosse sócio o seu dirigente exerceria algum tipo de controle.

80.2. Análise: esse argumento não comprova nada. Não há prova de que ele não controlasse as despesas, tampouco que em razão do volume obtido com o desvio houvesse o interesse de se controlar despesas pessoais, que poderiam ter um limite estabelecido previamente.

81. Das novas ações contra o Grupo Monteiro de Barros.

81.1. Argumento: o recorrente afirma que foram movidas centenas de ações contra a Incal Incorporações S/A e o Grupo Monteiro de Barros, mas em nenhuma delas o Grupo OK foi demandado solidariamente.

81.2. Análise: a visão que se deve ter em relação à coisa pública obtida de maneira injusta é diferente da forma aduzida pelo recorrente. O alcance da demanda não deve ser restrito aos agentes envolvidos diretamente, buscando força no direito de sequela para reaver o bem da mão de quem injustificadamente o detenha. Em outras palavras, é acertada a ação do Tribunal de buscar a justa reparação do erário entre todos os agentes ligados pelo vínculo da solidariedade, esse decorrente da ação ou do benefício resultante do ato irregular. Apenas a título ilustrativo da força persecutória que uma decisão deve ter, cita-se a decisão proferida pelo STJ no RMS 1.710/SP:

"PENAL. PROCESSUAL. ESTELIONATO. FRAUDE PARA RECEBER SEGURO. TERCEIRO DE BOA-FE NOMEADO COMO DEPOSITAR/O. MANDADO DE SEGURANÇA. 1. NAS HIPÓTESES DE FURTO OU ROUBO NÃO SE DA A TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE, NEM SE TRANSFERE LEGITIMAMENTE A POSSE. PORTANTO, NÃO PERDE O TITULAR O DIREITO DE SEQUELA, DE SEGUIR A COISA A OBTE-LA DE QUEM A DETENHA OU POSSUA. E AO TERCEIRO DE BOA-FE CABE O DIREITO DE REGRESSO CONTRA QUEM LHE TRANSFERIU O BEM.

2. RECURSO CONHECIDO MAS IMPROVIDO."

81.3. Dessa forma, com as transferências havidas da Incal Incorporações para o Grupo OK próximas dos pagamentos efetuados pelo TRT/SP, com a fragilidade dos argumentos apresentados para justificar os repasses e com o instrumento de compra de 90% das ações da Incal pelo Grupo OK restou definido o liame por meio do qual o Grupo OK foi favorecido pelas irregularidades praticadas nas obras contratadas pelo TRT/SP.

82. Das relações comerciais com o Grupo Monteiro de Barros.

82.1. Argumento: o responsável afirma que as relações comerciais entre os grupos Monteiro de Barros e OK sempre foram profícuas, intensas e ostensivas.

82.2. Em notas de rodapé o recorrente colaciona as seguintes informações:

"13 Em alguns momentos a relação comercial conviveu com a de amizade. Exemplo disso, tirado aleatoriamente, foi publicado na edição do Jornal do Brasil de 27 de maio de 1999, quando reafirmou relações comerciais e de amizade com Fábio Monteiro de Barros. Admitiu que o empresário pegou empréstimo no Banco OK de propriedade do Senador. Também as filhas de Luiz Estevão e de Fábio eram amigas. 'Temos negócios com ramo imobiliário'.

Também no Correio Braziliense de 27 de maio de 1999 consta a assertiva do requerente de 'ser amigo e ter sido sócio de Fábio Monteiro de Barros Filho - dono da Inca/ Incorporações, responsável pela obra no TRT- na compra de terras em Mato Grosso' (fl. 105, v. p do anexo 1).

82.3. *Análise: as relações comerciais apontadas pelo recorrente não foram satisfatoriamente demonstradas, assertiva que encontra amparo no Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário:*

"45.12 Para contestar isso, na fase de apresentação das alegações de defesa, a recorrente procurou justificar as transferências de recursos por meio de supostos negócios entre os dois grupos empresariais, a saber: (i) a aquisição de terreno no Bairro do Morumbi, em São Paulo; (ii) a aquisição de Fazenda no Município de Santa Terezinha, em Mato Grosso; (iii) o reembolso de despesas de pré-investimento e indenização por expectativa frustrada de lucro no Terminal de Cargas Santo Antônio, em Duque de Caxias; (iv) e a amortização de empréstimos concedidos pelo Banco OK ao Grupo Monteiro de Barros. Nada obstante, como restou averiguado pela CP/ (fls. 213/299 do Volume 34) e bem assinalado pelo Ministério Público Federal (fls. 120/165 do Volume 37), os documentos e alegações apresentados não são capazes de comprovar a ligação entre os negócios e os pagamentos, como também, em alguns casos, sequer a existência dos negócios."

82.4. *Nos parágrafos seguintes, o TCU detalha as razões pelas quais não acolheu os documentos como hábeis à comprovação de relações comerciais válidas.*

82.5. *A nota de rodapé é trazida como meio de demonstrar contradição argumentativa do recorrente. No tópico "das cautelas no desfazimento do negócio", já analisado por esta instrução, o recorrente afirma que o contrato de venda de 90% da empresa Incal Incorporações S/A era guardado por Fábio Monteiro de Barros Filho como meio de se resguardar contra possível tentativa do recorrente de questionar a propriedade da empresa, dentre outras medidas, dando a entender que não havia clima de confiança entre o referido senhor e o ex-Senador Luiz Estevão. Essa percepção é contraditada pela referida nota de rodapé, que o recorrente fez questão de incluir no recurso. Ora, se eles eram amigos, inclusive com a convivência de familiares, deve ser improcedente o temor que o recorrente apontou em argumento precedente.*

82.6. *Por não haver reparos a serem feitos nos elementos contidos no referido relatório, a conclusão é de não comprovação adequada do vínculo entre os dois grupos.*

83. Dos empréstimos no Banco OK.

83.1. *Argumento: para o recorrente houve tentativa de refutar essa prova sob o argumento da falta de registro nos livros contábeis do Grupo Monteiro de Barros, e não do Banco OK. Ele afirma que a regularidade das transações financeiras foi reconhecida no Relatório Final da CPI do Judiciário.*

83.2. *Análise: reproduz-se a análise lançada no Relatório do Acórdão 301/2001 - Plenário:*

"45.16 Finalmente, com relação às operações de crédito, além das inconsistências detectadas pela Receita Federal, com ausência de lançamento contábil no passivo da empresa pretensamente favorecida, causa espécie que tantos empréstimos tenham sido tomados pelas empresas do Grupo Monteiro de Barros junto ao Banco OK, quando naquele período ocorriam transferências de milhões de dólares dessas empresas para a ora recorrente, sem correspondente relação negocial, conforme acima descrito."

83.3. *A glosa no tocante às operações de crédito não reside exclusivamente na ausência de registro contábil nas empresas do Grupo Monteiro de Barros. A análise do TCU aponta a situação incomum do pretendo favorecido se ver obrigado a contrair empréstimos junto à instituição financeira do Grupo OK quando no período havia transferências de milhões do favorecido para o Grupo OK sem relação negocial habilmente comprovada.*

84. Da fazenda CODEARA.

84.1. *Argumento: o recorrente justifica parcela do dinheiro recebido como resultado da compra da fazenda CODEARA (Fazenda Codeara localizada no Município de Santa Terezinha/MT).*

84.2. *Análise: esse argumento já foi apresentado pelo recorrente. Em razão de não ter sido apresentado nada de novo, e de não ser possível identificar erro na análise, as conclusões permanecem atuais. Segue trecho do Acórdão 301/2001 - Plenário acerca da fazenda:*

45.14 Quanto à compra da Fazenda Santa Terezinha, restou demonstrado pelos elementos fornecidos pelo Ministério Público Federal que as empresas do GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. são proprietárias de 9 das 12 glebas rurais daquela fazenda, que têm um preço total estimado de 2 milhões de dólares, havendo delas se valido a recorrente, sem sucesso, para justificar o recebimento de 15 milhões de dólares das empresas do Grupo Monteiro de Barros.

84.3. Do acórdão recorrido vem a seguinte explicação:

"31. No tocante à aquisição de Fazenda no município de Santa Terezinha/MT, foram apontadas as seguintes ocorrências:

- pagamentos da ordem de US\$ 13,1 milhões do Grupo Monteiro de Barros ao Grupo OK, sem causa justificada;

- o montante alegado pelos envolvidos, como sendo o valor da transação: US\$ 15, 1 milhões, ultrapassa, em sete vezes, o preço das terras previsto no contrato de venda e compra, que estimou o valor da transação em US\$ 2 milhões; e o declarado nas escrituras de venda e compra, R\$ 5 milhões;

- inexistiriam investimentos, benfeitorias ou despesas de manutenção nas glebas rurais em comento que justificassem a estrondosa diferença entre os valores acima apontados;

- em recente desapropriação de parte da Fazenda em tela, o Incra valorou, com anuência do proprietário, tal parcela em R\$ 1.607.340,41, sendo este montante compatível com os valores declarados nas escrituras de venda e compra retro mencionadas, o que evidencia a impossibilidade do Grupo Monteiro de Barros ter despendido uma importância de US\$ 15, 1 milhões para aquisição de toda a área rural;

- 3/4 das glebas rurais que compõe a aludida fazenda constituem propriedade do Grupo OK, e jamais pertenceram ao Grupo Monteiro de Barros;

- a Receita Federal apurou que diversos cheques relacionados aos pagamentos efetuados ao Grupo OK foram escriturados na contabilidade da Construtora Incal S.A e de outras empresas do Grupo Monteiro de Barros como 'Investimento no Exterior' ou 'Adiantamento a Fornecedores', não se prestando, evidentemente, ao lançamento de operação atinente à aquisição de imóvel; ao mesmo tempo, verificou, na contabilidade da empresa Construtora e Incorporadora Moradia Ltda., do Grupo OK, em relação a três cheques, que não existira nenhum lançamento específico, decorrente de aquisição de glebas rurais e que os demais cheques recebidos pelo Grupo OK foram escriturados na conta contábil 'Contrato de Mútuo v. Imóveis'."

84.4. A prova produzida não é capaz de subsistir a análise proferida contra ela.

85. Do terminal de cargas de Duque de Caxias.

85.1. Argumento: o recorrente apresenta o empreendimento e afirma que a transação foi corroborada até pelas testemunhas de acusação. Ele aduz que era interesse ser acionista majoritário. Como isso não foi viabilizado, ocorreu a venda de sua participação. Os pagamentos recebidos são referentes aos estudos de viabilidade e à aprovação de projetos.

85.2. Análise: essa alegação também não se sustenta. Reproduz-se excerto do Acórdão 301/2001 - Plenário:

"45.15 No tocante ao Terminal de Cargas, o termo de acordo apresentado pela recorrente não tinha firmas reconhecidas nem registro em cartório, apesar de, segundo ela alegou, envolver um - negócio que redundou em pagamentos de mais 11 milhões de dólares, relativo a um empreendimento que, no plano concreto, nunca foi realizado, inexistindo qualquer obra a lastrear o aludido reembolso e sendo desconhecido pela Secretaria de Estado de Transporte do Rio de Janeiro, que assinou o termo de concessão de uso do terreno, qualquer parceria entre os dois grupos empresariais."

85.3. A questão está melhor detalhada no Acórdão 163/2001 - Plenário:

"32. No que tange ao Terminal de Cargas em Duque de Caxias/RJ, objeto de licitação promovida, em 1989, pela Secretaria de Estado de Transportes do Rio de Janeiro e adjudicado a Monteiro de Barros Empreendimentos Imobiliários e Participações S/A (concessionária), apurou-se:

- o Termo de Acordo firmado, em 01.03.96, entre a concessionária e empresas do Grupo OK, por meio do qual estas desistiam da suposta parceria estabelecida no período de fev/94 a mar/96, mediante reembolso ao Grupo OK de eventuais despesas efetuadas, encontrava-se sem firmas reconhecidas e sem registro em cartório;

- o Estado do Rio de Janeiro providenciou a denúncia do contrato firmado com a Monteiro de Barros Empreendimentos Imobiliários e Participações S/A, em face da inadimplência contratual desta firma, que sequer apresentou projeto executivo;

- a concessionária não realizou nenhuma obra ou serviço de infra-estrutura no terreno, tendo executado, tão-somente, serviços de sondagem de solo;

- as empresas do Grupo OK não apresentaram nenhum documento que comprovasse a realização de despesas com o projeto do Terminal de Cargas;

- a Receita Federal informou que a maioria dos cheques apresentados como relativos ao hipotético desfazimento de parceira, foram escriturados, nas empresas do Grupo Monteiro de Barros, como 'Adiantamento a fornecedores', 'Investimentos no Exterior' e 'Contrato de Mútuo', e, nas empresas do Grupo OK, como 'Contrato de Mútuo v. Imóveis', não espelhando evidentemente os fatos alegados;"

85.4. Ressalta dos fatos reproduzidos até agora, como característica marcante das relações mantidas entre os Grupos OK e Monteiro de Barros, a informalidade, pois todos os negócios debatidos até este momento apresentam uma falha de registro que coloca em dúvida a veracidade da transação comercial. Essa prática não é comum no mundo dos negócios, mas é essa tese que o recorrente pretende que seja aceita. Ainda em relação ao acórdão vergastado, exsurge o seguinte alerta, apresentado por ocasião da análise da compra dos Terrenos no Morumbi em São Paulo/SP:

"os envolvidos, quando chamados a dar explicações, alteraram seguidamente (à medida que as investigações avançavam) as versões dos fatos, formando um conjunto de depoimentos contraditórios."

85.5. Posto isso, a conclusão é que o recorrente ainda não conseguiu demonstrar ser pertinente a alteração da decisão guerreada.

86. Da prova da autenticidade dos documentos.

86.1. Argumento: o recorrente alega que as provas das relações comerciais dos Grupos acompanham a versão apresentada e que nenhuma perícia negou validade aos documentos. "Em primeiro lugar, repita-se, é de lei a presunção de validade dos atos de comércio e dos livros comerciais" (fl. 109, v. p. do anexo 1).

86.2. Análise: não está em debate apenas a autenticidade documental, mas principalmente a veracidade daquilo que é apresentado nos documentos, o que o recorrente não tem conseguido demonstrar. Se por um lado as provas acostadas pelo apenado acompanham a versão dele, há elementos nos autos que são contrárias à documentação, em nítida afronta à versão apresentada.

86.3 Sobre a presunção de validade dos atos de comércio e dos livros comerciais, isso é verdade, mas comporta prova em contrário. É aí que elementos trazidos à colação confrontam argumentos e provas do recorrente. Apenas a título de singela ilustração, se os livros comerciais estão revestidos de presunção de validade, segundo a contabilidade do Grupo Monteiro de Barros o empréstimo contraído junto ao Banco OK (analisado anteriormente), nunca existiu, haja vista não constar das escrituras contábeis daquela organização. O recorrente lançou o seguinte argumento:

"Houve pretensão de refutar essa prova sob o argumento da falta de registro nos livros contábeis. O que não informou à sociedade foi o fato de que a omissão é do Grupo MB e não do Grupo OK, que é fiscalizado pelo Banco Central" (fl. 107, v. p. do anexo 1).

86.4. Observe que se por um lado o empréstimo existiu em razão da contabilidade do Grupo OK, por outro não ocorreu por não ter constado dos registros do Grupo Monteiro de Barros. Esse impasse é resolvido por outros elementos constantes no processo, os quais indicam com maior força que a transação não existiu.

87. Dos contatos telefônicos.

87.1. *Argumento: o recorrente afirma que "ao longo de seis anos - 1992 e 1998, quando se desenvolveu a obra do TRT, Nicolau dos Santos Neto ligou para Luiz Estevão, 59 vezes, que totalizaram - a soma das 59 ligações, cerca de 8 minutos, resultando uma média de 10 segundos cada! ... " (fl. 110, v. p. do anexo 1). Nessa toada, o recorrente apresenta argumentos contrários à sua ligação com Nicolau dos Santos Neto.*

87.2. *Análise: apresentado dessa forma o recorrente aparenta ter razão, mas os contados não foram só esses. Segundo o Acórdão 163/2001 - Plenário:*

"4) expressivo número de telefonemas feitos pelos principais envolvidos dirigidos ao Grupo OK ou diretamente ao ex-Senador, a saber:

a) duas mil, trezentas e quarenta e nove (2.349) ligações no período de 1991 a 1999 entre as duas corporações e outras trezentas e duas (302) feitas pelo Grupo Monteiro de Barros para o Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto;

b) cinquenta e nove (59) ligações feitas pelo ex-Juiz Nicolau dos Santos Neto para o Grupo OK e nove (9) diretamente para o ex-Senador;"

87.3. *O recorrente só relaciona parte das ligações. Considerando que os elementos do processo apontam a existência de conluio para apropriação de dinheiro do erário. Corno aduzido anteriormente, provavelmente cada pessoa tinha a sua função no esquema. Por certo não seria de interesse dos envolvidos deixar que surgissem suspeitas da existência do esquema em razão de constantes contados entre o ex-Senador Luiz Estevão e o ex-Juiz Nicolau dos Santos Neto. Dessa forma, razoável que as ligações fossem concentradas em Fábio Monteiro de Barros Filhos, elo de ligação entre as duas partes. Isso pode explicar o número de ligações para o juiz, mas justifica a realização de 2.349 ligações entre os Grupos e 302 entre o Grupo Monteiro de Barros e o ex-Senador Luiz Estevão.*

87.4. *Observe que em caso tão complexo a análise não pode recair em um ponto isoladamente, devendo tentar abarcar o todo.*

88. Dos fatos novos e respectivas provas.

88.1. *Argumento: nesse particular, o responsável aponta depoimento em juízo de Nicolau dos Santos Neto e falha em operadora telefônica como forma de invalidar as ligações telefônicas como prova e o vínculo de proximidade do ex-Senador com o ex-Juiz.*

88.2. *Análise: em relação ao relacionamento do ex-Senador com o ex-Juiz, os motivos para não ser relevante este tópico foram apresentados anteriormente, inclusive no argumento precedente. Já no tocante às ligações, é possível que erros existam e constituiriam problema se o número de ligações fosse pequeno. Ocorre que essas foram poucas em relação ao ex-juiz, mas não quando se avalia os contatos mantidos com o Grupo Monteiro de Barros e seu proprietário.*

89. Da transferência de recursos para Nicolau.

Da ilicitude da prova.

89.1. *Argumento: o recorrente afirma existir a necessidade de observância das regras processuais. O Governo Brasileiro no ano de 2000 obteve os documentos, sendo que em apenas 2001, por meio do Decreto 3.810, foi assinado o Tratado Legal de Assistência Mútua. "Sem a observância das formalidades, uma prova com violação a regras pertinentes e sua constituição e validade, deveria merecer tanto valor quanto uma remessa de qualquer documento, feito por qualquer pessoa no exterior" (fl. 112, v. p. do anexo 1).*

89.2. *Análise: a ausência de um diploma específico, como o apontado pelo recorrente, não significa que os Estados deixem de atuar em cooperação, tampouco que a informação é produzida ao arrepio das regras. O combate às práticas delituosas e a necessidade de evitar que criminosos consigam transitar livremente entre nações é que motivou o aperfeiçoamento assentado no referido diploma.*

89.3. *O responsável omite uma informação importante ao correto deslinde da questão. O Decreto 3.810, de 02/05/2001, traz assento em seu art. 1º a seguinte disposição: "O Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o*

Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, e corrigido por troca de Notas em 15 de fevereiro de 2001, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém" (negrito não existente no original). Ou seja, o acordo foi assinado em 1997, logo antes da obtenção dos documentos em 2000.

89.4 Ademais, mesmo que faltasse um diploma legal necessário ao suporte da documentação, o que já foi demonstrado que não há, a correspondência mantida entre as nações possui a presunção de veracidade. Como se isso não bastasse, o fato de ter sido trazido aos autos documentação não fez surgir um novo tipo penal, esse é que não pode retroagir. Arrimado em argumentação anterior, a prova é auxiliar ao livre convencimento do julgador, devendo ser desprezada quando obtida de forma ilícita, o que não se aplica ao caso.

90. Da titularidade da conta trust - Da declaração de DeltaBank - Da perícia sobre a ordem de depósito.

90.1. A opção de reunir os três itens em um único argumento deflui do grau de relação que eles possuem.

90.2. Argumento: o recorrente esclarece como funciona o fundo trust do DeltaBank. Segundo ele, é um tipo de depósito bancário gerido pelos instituidores do fundo, assim como por procuradores nomeados.

90.3 O representante do Grupo OK foi à Justiça Americana requerer cópias das movimentações bancárias com vistas a apontar a autoria da ordem. A instituição financeira obteve mandado judicial que obistou o acesso às informações requeridas. Afirma que a única conclusão possível é que não era ele o verdadeiro autor da transferência, estando o banco obrigado a proteger o sigilo da informação, "considerando um pilar verdadeiramente sacramental do sistema financeiro internacional". Assim, "outros donos e depositantes tinham poder de movimentação" (citações à fl. 113, v. p. do anexo 1).

90.4. O recorrente afirma que o Governo Brasileiro obteve do DeltaBank documentação da conta, não constando a informação de que três documentos foram invalidados pelo Banco, sendo que dois deles eram justamente os fac-símiles com as autorizações de transferências parra a conta NISSAN. Segundo ele, o banco em juízo informou que os documentos não eram originais. "Consta textualmente 'Por favor, observe que três dos documentos autenticados não são precisamente duplicatas de documentos originais do DeltaBank: ' ... 'a autorização à ordem de pagamento \$960.000,00; e a autorização à ordem de pagamento de \$40.000,00, conta 602627. Eles são cópias de documentos enviados e recebidos por DeltaBank via fac-símile'" (fl. 114, v. p. do anexo 1)

90.5. No tocante à perícia, o recorrente aponta contrariedade nas datas, horários e laudo pericial por meio dos quais se conclui serem falsas as assinaturas apostas nos faxes.

90.6. Análise: os documentos às fls. 719/720 do volume 5 do anexo 1, reproduzidos em parte pelo recorrente e trazido à colação no item 90.4, não permitem afastar de pronto a pertinência dos faxes. Primeiro, os documentos, embora atribuídos ao DeltaBank, não estão assinados e não foram produzidos em papel do Banco. Segundo, a afirmação é de que "os documentos não são precisamente duplicatas de documentos originais do DeltaBank", e nem poderiam, haja vista que a origem é atribuída ao Grupo OK, sendo dirigido ao DeltaBank. Em outras palavras, o autor do documento é o recorrente e o destinatário o banco em questão. Ademais é questionável se um fac-símile pode ser considerado um documento original.

90.7. A transferência havida entre as contas do ex-Senador e do ex-Juiz exsurgiu em resposta à carta rogatória remetida pelo Governo Brasileiro à Suíça. Às fls. 09 do volume 38 estão relacionadas três transferências. O questionamento do recorrente não afronta o documento advindo da Suíça (destinatário Banco Santander - Suisse), mas documentação proveniente do DeltaBank (fls. 165/166, v. 38), origem do recurso. Merece registro que no topo do documento de fl. 165 do volume 38 há a informação de que o fac-símile partiu do Grupo OK.

90.8. Questionável é se uma eventual desconsideração dos documentos debatidos é suficiente para ensejar a desconstituição da decisão recorrida. O sentir é que não. Não foi objeto de

debate do recorrente a existência da transferência, mas quem ordenou a movimentação financeira por meio de negativa de autoria documental. Ora, o titular de uma conta tem em relação a essa a obrigação de prestar esclarecimentos acerca da movimentação. Impensável que uma pessoa veja a subtração de valores de sua conta bancária e não busque reaver as quantias retiradas. O recorrente não demonstrou que seu representante buscou recuperar o dinheiro transferido.

90.9. Posto isso, por entender que a conduta esperada do representante do Grupo OK fosse demonstrar de forma cabal que a transação não houve, ou que em tendo havido adotou medidas com vistas a reaver os dinheiros transferidos sem a sua autorização, a conclusão é que um eventual debate acerca da autenticidade documental é secundário ao caso.

91. Da sexta conclusão parcial e dos pedidos.

91.1. Argumento: o recorrente aponta como motivos hábeis à reforma da decisão a apresentação de versões e provas apresentadas; o equívoco do ex-Deputado João Passarela; "a inexistência de fraude no processo de licitação, fato que se evidencia:" (fl. 116, v. p. do anexo 1); a sociedade entre os Grupos OK e Monteiro de Barros não tiveram eficácia no empreendimento investigado; o grupo Monteiro de Barros tinha capacidade de realizar grandes incorporações; os repasses entre os Grupos OK e Monteiro de Barros tiveram por fundamento negócios diferentes do - objeto deste processo; que mesmo se fosse reconhecida a participação do Grupo OK a participação acionária seria irrisória e em persistindo a condenação, essa deveria ser feita em valores iguais ao recebidos, e não no valor total do dano. Assim, o recorrente sintetiza os seguintes pedidos:

"1º) que o Tribunal declare a insubsistência dos motivos considerados para firmar a responsabilização na participação das irregularidades;

2º) não acolhendo o pleito anterior, o que se admite apenas por esforço de dialética, sem qualquer conexão com a verdade e provas produzidas, revise a definição da responsabilidade solidária, limitando a pretensa participação na INCAL Incorporações correspondente a 0,002249437 do capital social;

3º) não acolhidos os pleitos precedentes - o que também se admite apenas por amor ao debate - seja excluída a responsabilidade solidária limitando a condenação a 44.300.467,76 UFIR, valor transferido do Grupo Monteiro de Barros para o Grupo OK, durante a vigência do contrato" (fls. 117/118, v. p. do anexo 1).

91.2. Análise: contra as alegações reunidas nessa sexta conclusão parcial foram opostos anteriormente argumentos suficientes à demonstração de que não são pertinentes. Assim, não cabe maior debate, mas apenas o registro que dentre os fundamentos para a sua condenação o recorrente insere novamente a lisura do processo licitatório, tema enfrentado e afastado no início dessa análise.

92. Do erro de fato e de julgamento.

92.1. Argumento: o recorrente formula digressões sobre o processo decisório dos julgadores. Apresenta o cerne do julgamento como resultado do livre convencimento do julgador, esse amparado em provas lançadas nos autos, rejeitando a interferência de questões externas.

92.2. Análise: esse argumento, por sua singeleza, não apresenta elementos para o debate.

93. Da relação imprensa e Ministério Público Federal.

93 .1. Argumento: o recorrente alega que durante o desenrolar dos processos que correm contra ele e se proprietário foram expedidas 183 cartas, das quais apenas 15% foram publicadas. Aduz serem públicas as desavenças entre o representante do Grupo Ok e o Procurador da República Luiz Francisco Fernandes de Souza.

93.2. O recorrente referência ainda neste tópico depoimentos que confirmam a veracidade do negócio relativo ao terminal de cargas. Ele afirma que o representante do Grupo OK nunca esteve no local das obras, que jamais foi demandado solidariamente em ação trabalhista movida em desfavor do Grupo Monteiro de Barros, que não foi processado solidariamente com os representantes do Grupo Monteiro de Barros por crime contra o sistema financeiro nacional e que nenhuma perícia conseguiu negar a validade de documentos relativos aos negócios mantidos entre os Grupos OK e MB.

93.3. *Análise: o volume de cartas remetidas e o percentual delas que foi publicado não guarda relação com o mérito do processo. Questões subjetivas não integraram os presentes autos. É dever desta Corte de Contas avaliar de forma objetiva os elementos dos autos com vistas a proferir a adequada decisão. É isso que se verifica nestes autos.*

93.4. *Acerca das desavenças do Procurador da República Luiz Francisco Fernandes de Souza com o representante do Grupo OK, essas não devem ser acolhidas como motivo para a atuação do Ministério Público Federal. Reprovável a identificação das motivações de um órgão como resultante das paixões de um de seus servidores, principalmente quando este não é o dirigente máximo. Ademais, o processo notícia, por meio de suas provas, que outros são os procuradores que patrocinam as causas no âmbito do Poder Judiciário.*

93.5. *As alegações conglobadas no item 93.2 já foram enfrentadas anteriormente e não constituem prova capaz de tornar insubsistente a condenação.*

94. Das declarações de Jesuína Varandas Ferreira.

94.1. *Argumento: o recorrente afirmar que a Sra. Jesuína Varandas Ferreira, conhecida pelo parquet como Tereza, ex-contadora do recorrente, atuou motivada pelo sentimento de animosidade que nutre contra o ex-empregador.*

94.2. *Análise: as declarações da Sra. Jesuína Varandas Ferreira não constituem o ponto central das provas integrantes dos autos, sequer é considerada a mais relevante. Diverso do recorrente, que pautou grande parte do recurso em valorizar depoimentos lavrados em juízo, a conclusão é que a prova testemunhal, justamente por ser passível de sofrer com aspectos subjetivos, não constitui a melhor prova. Essa assertiva está alinhada com texto de Paola Itkins Hummel, publicado no sítio da Editora Saraiva (<http://www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=738>): "A prova testemunhal, muito valorada na Justiça do Trabalho, embora seja o meio mais comum de prova, é considerada o mais inseguro, pois as testemunhas, ao narrar os fatos, inevitavelmente imprime-lhes, subjetivamente, a sua perspectiva. O ser humano é falível; está condicionado a emoções e nervosismo. Segundo Sergio Pinto Martins: "A prova testemunhal é a pior prova que existe, sendo considerada a prostituta das provas, justamente por ser a mais insegura". Como se vê, a prova testemunhal é tão susceptível a falhas que o doutrinador Sergio Pinto Martins, assim como outros juristas, chama esse tipo de prova como a "prostituta das provas".*

94.3. *Nesse contexto, não deve o recorrente se preocupar em demasia com o referido depoimento, pois esse não possui a força probatória que eventualmente ele venha a acreditar que tem.*

95. Do fluxo financeiro entre o Monteiro de Barros e a OK.

95.1. *Argumento: o recorrente aduz ser natural que os repasses de recursos entre o Grupo Monteiro de Barros e o Grupo OK ocorressem próximo dos pagamentos efetuados pelo TRT/SP. Ele afirma que esses ocorreram em razão de negócios comprovados. O responsável afirma ser curioso que o TCU imputou, em relações a alguns responsáveis, a solidariedade em apenas parte do valor do dano, o que não aconteceu ao Grupo OK, mesmo esse tendo recebido apenas 44.300.467,76 UFIR.*

95.2. *Análise: os negócios, que para o recorrente tiveram as suas existências regularmente comprovadas, não foram considerados pelo TCU hábeis para justificar os repasses em razão das inconsistências identificadas. Se as relações comerciais tivessem sido demonstradas, não haveria óbice a que os pagamentos tivessem ocorrido próximo dos pagamentos realizados pelo TRT/SP.*

95.3. *No tocante a limitar o valor da condenação solidária do recorrente ao valor recebido do Grupo Monteiro de Barros, isso seria viável se ele tivesse conseguido comprovar que não era detentor de 90% da Incal Incorporações SI A à época dos fatos e que não contribuiu para a consumação do dano. Por não ter conseguido fazer prova nesses sentidos, a condenação solidária pela integralidade do débito é a mais acertada.*

96. Dos pagamentos do Grupo OK ao Grupo Monteiro de Barros.

96.1. *Argumento: o recorrente aponta a divergência entre as versões do Ministério Público Federal e do Grupo OK. Para o recorrente, se a versão do Ministério Público é verdadeira e*

as provas da sociedade em outros empreendimentos são falsas, como seria possível explicar a existência de pagamentos do Grupo Ok para o Grupo Monteiro de Barros?

96.2. *Análise:* o recorrente apresentou no curso do processo documentos com vistas a demonstrar os motivos que ensejaram as transferências entre a Incal Incorporações Ltda./Grupo Monteiro de Barros e o Grupo OK. Ocorre que os documentos possuem falhas que inviabilizaram o estabelecimento do liame entre a movimentação financeira e os negócios apontados pelo interessado. Os pagamentos do grupo OK ao Grupo Monteiro de Barros, esses não foram apresentados de forma clara pelo recorrente, tampouco tiveram as suas autenticidades e pertinências comprovadas, e mesmo que tivessem sido demonstrados seriam de pouca valia ao caso sob exame. O cerne do debate é pontual e reside em transferências efetuadas para o Grupo OK sem o arrimo de transação que justifique o repasse.

97. Dos pagamentos do Grupo Monteiro de Barros ao Grupo OK.

97.1. *Argumento:* o recorrente afirma que os documentos não foram elaborados com a pretensão de justificar algo. "Analisando o próprio fluxo das transferências de recursos feitas pelo Grupo Monteiro de Barros ao Grupo OK, comprova-se que não eram sócios na construção do prédio do TRTISP. Em nenhum momento consegue-se estabelecer uma correlação percentual entre os valores recebidos do TRT/SP pela INCAL e os pagamentos e os pagamentos feitos pelo Grupo Monteiro de Barros ao Grupo OK. Seria então uma sociedade de participação aleatória, o que por si só é inusitado" (fl. 127, v. p. do anexo 1).

97.2. *Análise:* trata-se de argumento sem força probatória. A validade das provas apresentadas não é resolvida no campo da subjetividade, ou seja, não está em debate a pretensão de quem a apresenta, mas na pertinência dessas com o fato debatido. Foi nesse contexto que os e documentos autuados no presente processo foram analisados.

97.3. Em relação ao fato das transferências financeiras não guardarem proporção monetária com os pagamentos efetuados pelo TRTISP e com a participação que o Grupo OK teria na Incal Incorporações SI A, é importante lembrar que parte dos recursos recebidos foi utilizada nas obras, não a integralidade, e que o trabalho realizado teve custos a serem liquidados. Assim, a ausência de proporcionalidade não representa a inexistência de favorecimento ou de propriedade da construtora Incal Incorporações S/A.

98. Dos fatos Novos e respectivas provas.

98.1. *Análise:* segundo o recorrente, "o depoimento de Jesuína não foi citado em nenhum voto do TCU. Contudo, por via oblíqua, o único voto que declina os motivos da condenação informa que houve o intuito de iludir o Tribunal" (fl. 127, v. p. do anexo 1).

98.2. O responsável aponta o depoimento da Sra. Jesuína, três laudos periciais referidos no título 5.1 do recurso, contratos de compra e venda celebrados entre os Grupos OK e Monteiro de Barros (fls. 742/752, v. 5 do anexo 1) e carta de autoria de Fábio Monteiro de Barros.

98.3. *Análise:* considerando a elevada carga subjetiva do depoimento da Sra. Jesuína e da carta de autoria de Fábio Monteiro de Barros, essas provas não possuem a relevância pretendida pelo recorrente, conduzindo o deslinde do recurso sob exame para o provimento ou não-provimento.

98.4. Em relação aos três laudos periciais do item 5.1 citados pelo recorrente, na verdade trata-se de depoimentos produzidos em juízo, aos quais se aplica a lógica assentada no parágrafo anterior. Posto isso, não é reconhecida a capacidade desses alterarem o curso do processo.

98.5. Em relação aos contratos firmados entre os Grupos OK e Monteiro de Barros (fls. 742/752, v. 5 do anexo 1), os documentos não possuem a força necessária para reformar a decisão sob exame. Apenas em duas folhas constam informações no sentido dos termos terem sido lavrados em cartório (fls. 749 e 751, v. 5 do anexo 1), nos outros não há sequer reconhecimento de firma. Some-se a isso o fato de os documentos serem pouco legíveis.

99. Das conclusões.

99.1. *Argumento:* o recorrente afirma ser o recurso legítimo e tempestivo; ser aplicado subsidiariamente à espécie recursal as regras da ação rescisória e da revisão criminal; ter o julgado

lesado os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; a contratação não foi dirigida; as normas permitirem a contratação sem licitação; o tipo de contrato ser permitido; o critério preço fechado ter sido favorável à Administração; o Tribunal ter aceitado inicialmente o valor de 20% acima do valor de mercado; o TCU reconhecer que o método custo de reprodução leva a erros; o percentual de 64,15% ser manifestamente incorreto; a definição de terem sido pagos 98% ser incorreta; apresenta aritmética como prova de incompatibilidade das informações; não terem sido confirmadas em depoimentos a informações de que o Grupo OK era sócio oculto da Incal Incorporações S/A; em nenhuma ação judicial foi tentada a responsabilização solidária do Grupo OK; todas as transferências de recursos foram devidamente comprovadas e confirmadas por meio de perícia a autenticidade; são falsos os documentos que noticiam a transferência de recursos para a conta do ex-Juiz; os resultados das perícias produzidas em juízo têm supremacia sobre as outras provas; as declarações das testemunhas de acusação não confirmam a relação do Grupo OK com as obras sob exame.

99.2. Análise: todas as questões foram oportunamente analisadas, sendo que em relação às questões processuais algumas podem ser atendidas (análise por auditor que ainda não tenha atuado no processo, legitimidade do recorrente, tempestividade do recurso e aplicação subsidiária do Código de Processo Civil), mas no aspecto fático não. Não cabe revisitar todo o debate travado ao longo desta instrução, por considerar que os argumentos foram satisfatoriamente enfrentados.

100. Dos pedidos.

100.1. Argumento: o recorrente formula alternativa/supletivamente os seguintes pedidos: conhecimento do recurso; aplicação por analogia do Código Civil nos casos de lacunas; seja garantido o contraditório e a ampla defesa em relação a provas novas juntadas ou consideradas; o recurso seja instruído por auditor que não participou do processo; seja conferido efeito devolutivo ao recurso; seja anulado o julgamento rescindendo, restaure a natureza privada do contrato; considere insubsistente o valor imputado como débito; ordene nova avaliação do empreendimento; ordene nova perícia contábil, revise a responsabilidade solidária, limite o valor da condenação solidária aos 0,002249437 da suposta participação do recorrente no capital social de Incal Incorporações S/A.

100.2. Análise: em grande medida, o recorrente reapresenta na forma de pedido os argumentos fartamente espancados por esta análise, merecendo serem anuídos apenas alguns pleitos de ordem processual, com análise por auditor que ainda não tenha atuado no processo, reconhecimento da legitimidade do recorrente e da tempestividade do recurso e aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

101. Argumento: À folha 951 do volume 6 do anexo 1, o recorrente solicita que lhe seja conferido o direito de proferir sustentação oral quando do julgamento do recurso interposto.

102. Análise: solicitação para que seja facultado ao interessado o direito de proferir sustentação oral por ocasião do julgamento é medida aceita pelo rito processual dos autos que tramitam nesta corte de contas, devendo o solicitante seguir os procedimentos assentados no art. 168 do RI/TCU. Nesta seara, traz-se à baila excerto do Voto condutor do Acórdão 2.284/2008 - Plenário:

"3. Quanto à não intimação dos responsáveis, com a necessária antecedência, da data do julgamento do processo, fato que supostamente os impossibilitou de produzirem sustentação oral de suas defesas, prejudicando, assim, o direito à ampla defesa dos embargantes, observo que, nos termos do art. 41, §§ 3º e 4º, do Regimento Interno, a divulgação da pauta de julgamento dá-se mediante a fixação em local próprio e acessível do edifício-sede do Tribunal, bem como pela publicação no Boletim do Tribunal de Contas da União ou no Diário Oficial da União, até quarenta e oito horas antes da sessão, e ainda pela disponibilização na página www.tcu.gov.br. Cabe aos interessados acompanhar a tramitação dos processos e as publicações das pautas de julgamento, bem como ter conhecimento do rito processual adotado pela Casa, por meio de sua Lei Orgânica e de seu Regimento Interno. No caso em tela, a pauta da Sessão Extraordinária Reservada de 2317/2008 foi publicada no DOU de 1717/2008, Seção 1, fl. 73, suplantando a antecedência mínima de 48 horas."

103. O recorrente deve acompanhar o trâmite processual com vistas a tomar ciência do dia de sessão de julgamento.

Argumentos da Incal Incorporações S/A (anexo 6).

104. Argumento: a recorrente relata episódios relacionados ao surgimento da comissão instaurada no Congresso Nacional com vistas a apurar irregularidades no Poder Judiciário e os seus desdobramentos, dando origem a diversas ações conexas e continentes de um mesmo fato, partes e interesse de agir. "No caso vertente, este órgão de apoio ao legislativo [TCU], instalou processo de fundo penal, para além de suas prerrogativas, condenar e imputar pena (multa) descabida e inócua" (fl. 4, anexo 6). Afirma que quem tem poder judicante é o Poder Judiciário, e que ao terem sido propostas as medidas pelo Ministério Público Federal na esfera judicial a competência do TCU foi deslocada para o foro competente.

105. Ainda no aspecto processualístico, a recorrente afirma que "o acórdão recorrido é nulo pela ausência do devido processo legal, devidamente instaurado junto ao Judiciário" (fl. 06, anexo 6).

106. A apenada aduz que hoje os fatos novos superam o teor da decisão recorrida e que fica evidenciada a falta do devido processo, cerceamento de defesa e inibição do contraditório.

107. Análise: a recorrente comete alguns equívocos acerca das funções do TCU, o que é sanável com um simples correr de vista nas competências constitucionais e legais desta Corte de Contas, com destaque a Lei 8.443/92. Essa situação faz com que no Recurso de Revisão interposto estejam presentes algumas assertivas desarrazoadas.

108. A instância judicial não supre os julgamentos administrativos colocados pela Constituição de 1988 (inciso II do art. 71 da CF de 88) sob a guarda do TCU. Pertinente transcrever o referido texto constitucional: "II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;"

109. No mais, a recorrente não demonstrou lesão ao devido processo legal e ao lido direito ao contraditório, assim como não logrou êxito na comprovação do aludido cerceamento de defesa.

110. Argumento: como fatos novos a recorrente apresenta a ausência de julgamento dos processos que tramitam no Poder Judiciário, ausência de peritos assistentes nas perícias realizadas pelo Tribunal, existência de ilegalidade na continuidade das obras em regime de urgência, disparidade nas instruções dos autos que tramitam no TCU e no Poder Judiciário, ausência de prova e precariedade processual dos presentes autos.

111. Análise: todas as alegações reunidas neste tópico foram enfrentadas por ocasião da análise do recurso interposto pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A. Ademais, a recorrente não acostou provas que corroborem a pertinência de seu pleito.

112. Argumento: a recorrente solicita que seja oficiada a 12ª Vara Cível da Justiça Federal e o Tribunal Federal da 3ª Região com vistas a obter cópia dos autos que correm em segredo de justiça e anexação desses aos presentes autos. Atendido o referido pleito requer vista "para serem feitos os comentários pertinentes" (fl. 11, anexo 6) e revisão da decisão ora questionada.

113. Análise: com o pedido formulado, a recorrente pretende inverter o ônus da prova e patrocinar a vinculação de instâncias com a sujeição da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas aos processos que tramitam no Poder Judiciário. Dessa forma, o pedido da recorrente deve ser negado por contrariar as normas procedimentais do TCU e afrontar jurisprudência pacífica deste Tribunal.

114. Posto isso, o recurso interposto pela Incal Incorporações S/A merece o mesmo desfecho do recurso intentado pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A, ou seja, conhecimento e não-provimento.

CONCLUSÃO

115. Em vista do exposto, eleva-se o assunto à consideração superior, propondo: a) conhecer dos Recursos de Revisão interpostos pela Incal Incorporações S/A e pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A com fundamento nos arts. 32, III, e 35, III, ambos da Lei 8.443/92, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo o Acórdão 163/2001 - Plenário, com as alterações patrocinadas pelos Acórdãos 301/2001 e 50/2002 do Plenário;

b) comunicar aos recorrentes a deliberação que vier a ser adotada por esta Corte.
[...]

12. O Diretor da Serur, cujo parecer contou com a endosso do Secretário da unidade técnica, manifestou-se nos seguintes termos, **in litteris** (peça 87, fls. 1050/1051 do Anexo 1):

“[...]

Nos termos do art. 1º da Portaria-Segedam 4712009, manifesto-me de acordo com o encaminhamento proposto pelo Auditor Instrutor à fl. 1.049 do volume 6 do anexo 1.

2. Importante registrar determinação do Ministro-Relator para que os recursos fossem também analisados pela Secretaria de Obras - Secob, em razão das peculiaridades do caso concreto (fl. 954 do volume 6 do anexo 1).

3. A Secob se manifestou no sentido de que não há reparo a ser feito nas decisões anteriores desta Corte de Contas, pois correta a metodologia utilizada pelo Tribunal para apurar os quantitativos de execução da obra de construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo - TRT/SP (fls. 960/981).

4. O recurso interposto pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A representa, em grande medida, uma repetição da argumentação já exposta quando da interposição do Recurso de Reconsideração, tendo naquela oportunidade sido rechaçadas as alegações, pois desprovidas de provas capazes de alterar o posicionamento desta Corte de Contas.

5. No presente recurso, o Grupo OK somente apresenta, a título de fatos novos, documentos produzidos junto à Justiça Federal, como por exemplo depoimentos e laudos periciais emitidos por profissionais contratados pela própria recorrente.

6. O recorrente intenta uma forma de cálculo do percentual de execução da obra que não foi aceito pelo TCU. Ao contrário, a partir de inspeções a Unidade Técnica apurou percentual que entendeu ser o adequado. É evidente que os recorrentes podem questionar tal metodologia de cálculo, contudo, esta Corte utilizou metodologia que julgou ser a mais adequada e que melhor especificava o percentual de conclusão da obra e, por consequência, o débito imputado.

7. O que se constata é que os argumentos trazidos nessa fase processual, desprovidos de conteúdo probatório, não são capazes de alterar o entendimento já consolidado desta Corte.

8. A Incal Incorporações S/A se limita a questionar as competências desta Corte de Contas, a ausência de peritos e outras supostas ilegalidades apresentadas a título de fatos novos, e a pedir que o TCU oficie à Justiça Federal para fornecimento de cópias dos autos e posterior anexação aos presentes autos. Em verdade, o questionamento quanto à competência desta Corte de Contas é descabido e os argumentos trazidos no Recurso de Revisão são desprovidos de documentos hábeis à comprovação. Não há razão para que se oficie Justiça Federal, pois é dever e interesse da própria recorrente colacionar as provas necessárias para fundamentar seus argumentos. Não há, portanto, elementos que permitam reformar a decisão atacada.

9. Assim, ante a ausência de argumentos acompanhados de provas capazes de alterar a decisão desta Corte de Contas, entendo adequada a proposta formulada à fl. 1.049 do volume 6 do anexo 1, no sentido de conhecer os recursos interpostos, para, no mérito, negar-lhes o provimento.

[...]

13. O Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU) manifestou-se nos seguintes termos, **in verbis** (peça 87, fls. 1054/1060 do Anexo 1):

“[...]

Na presente etapa processual são examinadas as razões da empresa Incal Incorporações S/A e do Grupo OK Construções e Incorporações S/A em sede de recursos de revisão interpostos, individualmente, aos termos do Acórdão n.º 163/2001-TCU-Plenário (Anexos 1 e 6).

2. Em síntese, a Incal Incorporações S/A alega a existência de fatos novos em trâmite no Poder Judiciário que se constituem, pela conexão e continência da matéria, em questões prejudiciais ao desenvolvimento do processo no Tribunal de Contas da União. Como fatos novos menciona a indefinição no Judiciário sobre a natureza jurídica do contrato firmado pelo Fórum Trabalhista, a ausência de perícia independente no processo do TCU, a continuidade ilegal das obras, a disparidade de instruções processuais nas esferas administrativa, cível e criminal e, ainda, o conflito com a decisão anterior em que o TCU havia julgado a matéria. O pedido da recorrente consiste em que seja oficiada a 12.ª Vara Cível da Justiça Federal e o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região para obter cópia dos documentos probatórios dos fatos novos capazes de alterar os fundamentos do acórdão recorrido, em virtude de que estão protegidos por sigilo de justiça (Anexo 6).

3. Por sua vez, em alentada peça, o Grupo OK Construções e Incorporações S/A fundamenta a providência revisional nos três requisitos de admissibilidade previstos no art. 35 da Lei n.º 8.443/92 (erro de cálculo nas contas, falsidade ou insuficiência dos documentos considerados na decisão recorrida e superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida) para trazer novamente à análise praticamente todo o universo das questões tratadas nos autos. Na sequência de reiterados pedidos alternativos, tanto acerca de questões jurídicas preliminares, como a natureza jurídica do contrato e a validade dos procedimentos apuratórios desenvolvidos pelo TCU, quanto a respeito da avaliação da parcela executada dos serviços, sobressai a pretensão do recorrente em sujeitar a discussão aos caracteres de uma contratação sob o regime de direito privado, desconstituir a responsabilidade solidária que lhe foi atribuída para o ressarcimento do débito ou restringir seu alcance à participação societária da empresa Incal Incorporações e, ainda, em último caso, em reduzir o valor do débito (Anexo 1).

4. Acolhida a admissibilidade do conjunto integral dos recursos de revisão pelo Relator ad quem, eminente Ministro Raimundo Carreiro, a Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) e a de Recursos (Serur) se desincumbiram de examinar passo a passo, em regime de mútua cooperação e com desvelo à altura do ânimo dos recorrentes, em especial do Grupo OK, cada um dos tópicos que compõem a irresignação aposta nos recursos (instruções e pareceres às fls. 960/1051 do Anexo 1/vol. 6).

5. Em linhas gerais, compartilhamos dos entendimentos da Secob e da Serur quanto à improcedência das razões dos recorrentes. A despeito de uma expectativa inicial acerca da eventual incidência de erro de cálculo nas contas, de insuficiência de documentos nas deliberações do TCU e da superveniência de documentos novos e eficazes, boa parte da peça do Grupo OK se ocupa basicamente em reproduzir, com variação de linguagem e de enfoque e combinações alternativas de cálculos de valores de serviços, os argumentos oferecidos em oportunidades anteriores, sem, contudo, acrescer algum elemento fático ou jurídico que detenha substância para alterar os resultados prevalentes nas sucessivas decisões do TCU. Na mesma vertente, a pretensão da empresa Incal Incorporações choca-se com a já assentada independência das instâncias administrativa, civil e criminal, guardadas as exceções previstas em lei, descurando-se também de que a apresentação dos documentos novos para a espécie de recurso de revisão, além de concomitante à interposição da peça, está ao encargo de quem alega a respectiva existência.

6. Respeitada a detida e consistente abordagem da matéria pelas instâncias competentes do TCU, parecia-nos que bastava a este Parquet referendar a proposta de negativa de provimento ao mérito dos recursos, se não fosse a manifesta intenção do patrono do Grupo OK em oferecer mais argumentos a título de esclarecimento, vindo a fazê-lo na forma do memorial ora acrescido à segunda capa do Anexo 1/vol. 6. Assim, na linha da excepcionalidade e da prudência suscitadas pelo Relator (fl. 29 do Anexo 6), tomamos a liberdade de adentrar também a análise da novel peça, sem prejuízo de

que possa o Relator ou o Órgão Colegiado, caso entenda de forma divergente, abstrair de sua acolhida nos autos e do correspondente exame.

7. No memorial, persiste a irresignação do Grupo OK em linha argumentativa a respeito dos seguintes tópicos: a) metodologia empregada pelo TCU para obter o débito imputado aos responsáveis no Acórdão n.º 163/2001-Plenário, inclusive quanto ao tempo gasto nas apurações; b) desconsideração do índice percentual de 64,15% inicialmente apurado, representativo da parcela executada da obra; c) omissão a respeito do cômputo do valor do terreno, demolições e projeto no valor do empreendimento; e d) falta de consideração do laudo do Banco do Brasil e o do perito econômico como elementos passíveis de alterar o valor da parcela executada do empreendimento.

8. A nosso ver, o conjunto das razões recursais oferecidas pelo Grupo OK tem como fundamento jurídico determinante uma obstinada noção de que a natureza jurídica do contrato firmado entre o Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região (TRT/SP) e a empresa Incal Incorporações S/A era de direito privado. Para tanto, entre outros argumentos, menciona o entendimento uniforme dessa figura por renomados juristas e doutrinadores, referenciando-se também ao voto do Ministro Marco Aurélio de Farias Mello, do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n.º 23.560-8 (item 3.1.1/3.1.7 às fls. 27/41 do Anexo 1). Além disso, considera que o TCU passou a rejeitar indistintamente a modalidade de contrato privado pela administração pública ao proferir a Decisão n.º 231/96-Plenário.

9. Na verdade, o recorrente não admite que o contrato era de direito público administrativo por dar ênfase apenas às particularidades exteriores que lhe foram conferidas pelas partes contratantes, a exemplo da escritura de compromisso de compra e venda, da aquisição prévia de um terreno, do objeto consistir de uma eventual obra de engenharia a ser entregue pronta e acabada no futuro e, ainda, do pagamento do dito "preço fechado". Entretanto, em nenhum momento indica o recorrente argumentos que possam desconstituir, categoricamente, todo o quadro artificioso que subjazia ao tipo de contrato supostamente regido pelo direito privado e que o desnaturava na origem, como o fato de o edital não prever um objeto definido, mas um complexo de alternativas, todas vinculadas a alguma prestação de serviço (construção de obra nova, adequação de obra existente, elaboração ou adequação de projetos); cada etapa construtiva da obra estar atrelada à contraprestação financeira pelo TRT/SP e, também, estar na dependência de projetos adequados para o funcionamento das atividades das juntas trabalhistas; a incapacidade financeira da contratada para executar a obra com recursos próprios; e o enquadramento orçamentário do TRT/SP na rubrica de investimentos, própria de execução de obra.

10. Esses condicionantes e outros de igual valia foram devidamente consignados no relatório que acompanha a Decisão n.º 231/96-Plenário, a qual, diga-se de passagem, ao contrário do que entende o recorrente, também não retira da administração pública a faculdade de firmar contratos de direito privado. Mais especificamente nos itens 94/99 do voto acolhido nessa deliberação, são expostas as características e a coexistência dos dois tipos de contrato na administração pública - de direito privado e de direito administrativo -, com a ressalva de que "somente em casos especialíssimos a Administração pode abrir mão de sua supremacia e contratar como mero particular", a exemplo das locações de imóveis para atender às necessidades de repartições públicas.

11. Contrapondo-se aos pareceres dos abalizados juristas e doutrinadores mencionados pelo recorrente, note-se que o caso concreto da obra do TRT/SP tendia a ser considerado como contrato de direito administrativo mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, se essa questão estivesse abrangida pelo escopo da matéria do MS n.º 23.560-8, como se depreende da opinião dos Ministros Nelson Jobim e Ilmar - Galvão no decurso dos debates naquela oportunidade (grifos nossos):

"O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Tentando remontar toda a equação, veja o que se - passou, houve um edital em que aparece a compra e venda, ou seja, ao invés de contratar a obra, o TRT contrata a compra e venda em quatro modalidades: imóvel pronto, imóvel em construção, imóvel com projeto aprovado e imóvel com projeto elaborado. Então ganha a licitação a INCAL.

Subsequentemente a isso, lavra-se uma escritura de promessa de compra e venda que na leitura - e isto não é especulação minha - feita por mim isto nada mais é do que um contrato de obras. Desenvolve-se isso, e os pagamentos são estabelecidos a partir de um preço que teria sido oferecido pela INCAL, na licitação, e que teria sido vitoriosa; o TCU faz o exame e verifica incompatibilidade da situação posta porque aquilo era, a juízo do TCU, um contrato de obras e não de compra e venda."

"O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Senhor Presidente, o Tribunal de Contas, neste caso, estava diante de uma escritura de aquisição de um terreno e da contratação de obras. A escritura era de aquisição de um terreno e valia também como contratação de obra. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR): Ministro, era para entrega na modalidade prédio-pronto.

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Mas não há como fugir dos efeitos desse contrato. Houve uma aquisição de um terreno e houve a contratação da construção de um prédio sobre esse terreno.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR): Não, Ministro. A escritura de compra e venda foi celebrada para entrega do prédio pronto.

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Mas, aí, seria uma compra e venda de coisa futura. Na verdade, corresponde a um contrato de empreitada de obra.

Então, entendo que o TCU estava diante desse contrato, um contrato de compra e venda de um terreno, pelo qual se adquiriu a propriedade de um terreno, e um contrato pelo qual se ajustou a construção de um prédio.

Poderia essa escritura ser declarada nula pela Administração, unilateralmente? Se entendermos que não, como continuar as obras mediante nova licitação? Se essa escritura não pode ser declarada nula pela Administração, como a Administração vai continuar as obras mediante nova licitação, mediante novo contrato? Como? Vai se admitir que a Administração estaria impedida de concluir o edifício? Aí, seria um absurdo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR): Até chegar-se à rescisão do contrato de compra e venda.

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Como não se pode chegar ao absurdo de entender que a Administração não poderia dar continuidade às obras, é imperioso admitir que a escritura, nessa parte, era um contrato de construção de obra que podia ser rompido pela Administração, unilateralmente. A Administração pode assim fazer em relação aos contratos de prestação de serviço, em geral, como também podem ser rescindidas todas as empreitadas; qualquer contrato de empreitada, seja público ou civil, pode ser unilateralmente rescindido. E aqui nem é o caso de rescisão porque a lei fala em nulidade."

12. Também ao contrário das alegações do recorrente, o TCU não firmou, em 1996, entendimento pela regularidade do contrato de direito privado e dos demais procedimentos do TRT/SP nem posteriormente, na Decisão n.º 469/99 e no Acórdão n.º 163/2001 do Plenário, desprestigiou a metodologia por ele mesmo adotada para obter o débito indicado no Acórdão n.º 45/99. No primeiro caso, basta a leitura de alguns excertos do voto acolhido na Decisão n.º 231/96-Plenário para comprovar o engano do recorrente:

"70. Realmente o objeto da referida licitação não é tão simples como quiseram fazer parecer os doutos juristas que se manifestaram nos autos, bastando para firmar tal convencimento, invocar as próprias palavras do Professor Miguel Reale, quando expressou, à fl. 346, nos seguintes termos:

'(..) Entra pelos olhos que esse dispositivo legal só seria aplicável se o promovente da concorrência pública já possuísse um terreno e quisesse nele construir um edifício, mas nunca na espécie - 'sui-generis' analisada'.

71. Então, como se vê, não se trata de uma simples aquisição de imóvel, mas de objeto - contendo várias hipóteses de oferta, com amplitude de atividades, envolvendo situações diferentes em cada uma delas. Isto é, amplo, complexo, diversificado, confuso e sem qualquer objetividade,

propiciando, em consequência, uma verdadeira gama de procedimentos divergentes que contribuíram para mascarar ilegalidades e irregularidades em todo o processo licitatório e dificultar a identificação da real natureza da licitação.

(..)

74. Tecendo ainda comentários a respeito do mesmo assunto, o Professor José Afonso da Silva, a certa altura, afirmou: '(..) No caso em tela, a contratada vai executar obra de construção privada em seu terreno e por conta própria e só depois de pronto o imóvel, com o competente 'Habite-se', - será definitivamente transferido para o contratante, quando, então, se transformará em bem público de uso especial (Cód. Civil, art. 66, II)'.

75. O equívoco aí está exatamente na afirmação de que as obras seriam construídas por conta própria da contratada (INCAL), o que não condiz com a realidade, visto que dependiam, exclusivamente, dos recursos do órgão contratante (TRT), isto é, uma obra inteiramente financiada pelo mencionado licitante. Situação bem diferente da que ocorre, quando se trata de construção pelo setor privado de um edifício de apartamentos ou de salas comerciais, cujas unidades foram integralmente vendidas, ainda na planta, para particulares, ou mesmo para órgãos públicos, tendo em vista que o prosseguimento das obras não ficaria a depender exclusivamente dos recursos dos adquirentes, que haviam assinado um documento caracterizado como 'promessa de compra e venda futura'."

(...)

"86. As inúmeras outras falhas e/ou irregularidades apontadas pela Equipe de Inspeção e ratificadas pelos pareceres técnicos emitidos por Analistas da SECEX-SP e da SA UDL bem como no Parecer da douta Procuradoria, dispensam outros comentários, no corpo deste Voto, além do que já foi dito no Relatório, uma vez que todas elas são desdobramentos e consequências do primeiro ponto levantado no exame da presente matéria, isto é, ilegalidade do contrato, em face da natureza do procedimento licitatório adotado com inobservância das normas contidas no então vigente Estatuto de Licitações e contratos (DL n.º 2.300/86).

87. Realmente o mal começou pela raiz e maculou todas as etapas do processo licitatório. Assim, a ausência de prévio projeto básico de engenharia (art. 6.º, DL n.º 2.300/86); a não inclusão do investimento no Plano Plurianual (art. 167, § 1.º da C.F.); a inclusão de cláusulas contratuais que beneficiam apenas uma das partes em detrimento da Administração - financiadora da quase totalidade do serviço; a previsão de multa à contratante; a habilitação indevida da licitante, infringindo o disposto no art. 25, § 2.º, item 1, do DL 2.300/86 c/c o art. 6.º, alíneas 'a' e 'b', da Lei n.º 5.194/66, e muitas outras falhas apontadas no processo decorreram, exclusivamente, da opção inicial tomada pelo TRTSP."

13. Nesse contexto, a decisão do TCU em 1996 por aceitar, preliminarmente, vale dizer, de forma acautelatória, os procedimentos que haviam sido até então adotados pelo TRT/SP e determinar providências corretivas quanto à parte jurídica da contratação, privilegiou expressamente a fase conclusiva em que estavam as obras e as circunstâncias condicionantes à época, como a ausência de ato de improbidade administrativa pelos responsáveis, a complexidade das ocorrências ali tratadas, a oportunidade futura de exame dos atos de gestão nos processos de contas anuais, tudo com o intuito de buscar uma solução viável para o caso, no sentido de regularizar as situações inaceitáveis que persistiam no processo, sem acarretar ônus à Administração. Confirma também o caráter cautelar da decisão o sobreaviso ali apostado de que a diretriz do TCU em abstrair-se de implementar medidas corretivas e punitivas naquela oportunidade não deveria servir de estímulo ou exemplo a nenhum outro órgão ou entidade públicos a praticarem atos daquela natureza.

14. Também no Supremo Tribunal Federal, essa questão foi perfeitamente compreendida pelo Ministro Nelson Jobim nos debates do MS n.º 23.560-8 (grifos nossos):

"O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Na primeira vez, em 1996, [o Plenário do TCU] contrariou a Inspeção, porque esta dizia da inconveniência daquele contrato.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Ele [o Plenário do TCU] disse que, tendo em vista a continuidade da obra, determinou a transferência do terreno e da obra até então existentes, para o nome do TRT, e prosseguiu-se a obra nos termos do contrato, mas levando-se em conta o fluxo da obra com os pagamentos."

15. A Decisão n.º 231/96-Plenário foi proferida em processo de inspeção (TC-700.731/1992-0) e abarcou determinado estágio da obra, não se constituindo em avaliação de todo o empreendimento ou em julgamento de contas dos gestores responsáveis. Assim, a metodologia que passou a ser adotada a partir da autuação do presente processo (TC-001.025/1998-8) não representa demérito algum dos procedimentos anteriores, pois as condições técnicas e financeiras do empreendimento e o cenário de necessidades do órgão contratante distinguiam-se nos dois momentos. Na inspeção mais aprofundada realizada em meados de 1999, a equipe de inspeção do TCU se deparou com a inviabilidade de aferir o valor da parcela executada da obra mediante a simples incidência de um índice de execução (inicialmente indicado por 64,15%) sobre o valor total do empreendimento, pois não havia um objeto a ser orçado. Isso porque se verificou inexistir projeto básico com a descrição e as especificações da obra e haver discrepâncias entre o projeto executivo que estava em andamento e o memorial descritivo apresentado na fase de licitação.

16. De qualquer modo, o levantamento da efetiva execução física da obra no estado em que estava em 1999 não implicou, mesmo para a equipe de inspeção encarregada dos trabalhos, uma completa rejeição da ordem de grandeza antes estimada para a parcela executada em termos percentuais. Isso se constata pelo procedimento da equipe em, depois de avaliada a obra no estado de execução parcial em R\$ 55.632.897,93, comparar esse resultado com um imóvel-paradigma por valores totais dos empreendimentos, conforme se vê a seguir pela transcrição de parte do "item 6. 7 - imóvel-paradigma" do relatório que acompanha a Decisão n.º 469/99-Plenário, admitindo-se para efeito comparativo um índice de execução da ordem de 60% (grifos nossos):

"Mesmo adotando, a partir do imóvel-paradigma escolhido, um valor unitário para a obra do Fórum de R\$ 1.000,00/m², considerando a área total construída de 85.612,92 m² (Vol. XVI, fls. 14), seu valor total atingiria R\$ 85,6 milhões. Considerando que algo da ordem de 60% da construção já está realizada, o custo do imóvel, como se encontra, seria de cerca de R\$ 51,4 milhões (R\$ 4,2 milhões, portanto, abaixo do levantamento desta Equipe), o que, somado ao valor do terreno (item 6.6), atingiria o total de R\$ 58,2 milhões."

17. As presentes considerações esclarecem, portanto, que é injustificável o inconformismo do Grupo OK em relação ao método de medição in loco dos quantitativos executados (item 7, alíneas "a" e "b", deste parecer), como se o TCU tivesse sempre de estar adstrito a alguma sistemática extraída de processos pretéritos, independentemente da situação atípica dos projetos e do desenvolvimento da obra do TRT/SP.

18. A nosso ver, a técnica empregada na peça recursal do Grupo OK para avaliar a parcela executada da obra em termos proporcionais ao todo, mediante combinações de índices percentuais de execução e valores de serviços obtidos pela arquiteta Ivone Carneiro Rafael e pelos peritos Renor Valério da Silva e Shido Ogura, e também do orçamento do Banco do Brasil para término da obra (planilhas 1 e 2 às fls. 51 e 53 do Anexo 1), perde eficácia e confiabilidade por agregar parâmetros mutuamente excludentes (item 7, letra "d", deste parecer). De fato, a acentuada divergência de índices percentuais de execução de itens de serviços aferidos pela arquiteta e pelos peritos, a qual é reconhecida pelo recorrente no quadro à fl. 50 do Anexo 1, parece-nos levar à perda de credibilidade da combinação desses elementos.

19. **Grosso modo**, com a ressalva de que inexistiam projetos básicos e discrepava do memorial descritivo da licitação o projeto executivo na época da construção inicial, pode-se tomar como parâmetro meramente informativo o orçamento do Banco do Brasil para a continuidade da obra no valor de R\$ 44.958.491,10 (a preços de 03/06/2002; fls. 447/560 do Anexo 1/vol. 4). Nessa perspectiva, excluindo-se os serviços adicionais e os de retomada da obra, com somatório aproximado de R\$ 7,5 milhões (conjunto dos itens 1, 2, 19.02 e 19.5 do orçamento do Banco do Brasil), e

deflacionando-se o resultado até abril/99 com base no sistema Débito do TCU (índice acumulado de atualização monetária da ordem de 21,34% no período de 30/05/99 a 03/06/2002), a parcela da obra a ser executada atinge o valor de R\$ 30,9 milhões, a preços de abril/99 $[(R\$ 45 \text{ milhões} - R\$ 7,5 \text{ milhões})/1,2134]$. A soma desse valor (R\$ 30,9 milhões) ao da porção executada (R\$ 55,6 milhões, calculado pela equipe de inspeção do TCU) conduz ao total de R\$ 86,5 milhões, a preços de abril/99. Portanto, a título de simples exercício conjetural, o valor total da obra (R\$ 86,5 milhões, 100%, a preços de abril/99, sem computar o valor do terreno) se desdobra nos índices de 64,28% para a parcela executada (R\$ 55,6 milhões) e de 35,72% para a parcela a executar (R\$ 30,9 milhões), fatores esses que confirmam a ordem de grandeza dos valores considerados nas deliberações do TCU (item 16 deste parecer).

20. Não prospera também a tentativa do recorrente de fragilizar os trabalhos da equipe de inspeção do Tribunal com base no período de apuração que considera exíguo em comparação com o tempo despendido pela empresa Falcão Bauer e outros peritos. Evidência cabal da ilusória força argumentativa desse raciocínio revela-se pelas inúmeras objeções indicadas pela equipe de inspeção quanto aos pareceres da empresa e dos peritos, conforme consta nos itens 4.2/4.3.3 do relatório que acompanha a Decisão n.º 469/99-Plenário, os quais nos abstermos de reproduzir nesta oportunidade.

21. Equivoca-se igualmente o recorrente acerca de uma suposta omissão de computar o valor do terreno, demolições e projeto na parcela executada do empreendimento (item 7, alínea "c", deste parecer). No relatório que acompanha a Decisão n.º 469/99-Plenário, consta que foram considerados no cálculo da parcela executada do empreendimento os seguintes parâmetros:

a) valor do terreno (item 6.6 do relatório): R\$ 6.828.327,67 (a preços de abril/99), obtido da atualização pela Ufir do montante de Cr\$ 19.911.249.733,00, referente a 19/08/92, data de aquisição do terreno pela Incal Incorporações S/A, conforme matrícula do imóvel emitida pelo 15.º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo (fls. 100/106 do vol. 15);

b) demolições e projeto (item 6.1 e notas de rodapé n.ºs 19 e 20 do relatório): a planilha orçamentária elaborada pela equipe de inspeção do TCU e pelos profissionais da Caixa Econômica Federal possui a identificação, para cada serviço, da fonte de informação adotada e dos respectivos valores (fls. 03/16 do vol. 16). Para a demolição, a planilha indica o valor de R\$ 284.895,08 (item 2.1.2 à fl. 4 do vol. 16), e para projetos o valor de R\$ 3.771.898,24 (item 1.3.5 à fl. 3 do vol. 16). Os quantitativos são os da Incal (Pini) nos dois casos, e os custos unitários são os do mercado de São Paulo para a demolição e os do Centro Empresarial Nações Unidas para os projetos (fl. 13-A do vol. 16).

22. Quanto ao valor do terreno considerado nos cálculos, não nos parece fática ou juridicamente admissível acolher como válido perante terceiros o instrumento particular de contrato firmado entre as empresas Valeo Térmico e Incal Incorporações em 13/05/92, com recibo de sinal e princípio de pagamento, para efeito da aquisição do imóvel no total de R\$ 12.480.505,74, a preços de abril de 1999 (fl. 45 do Anexo 1). Em primeiro lugar, o valor da compra e venda pactuado no instrumento particular está em franca contrariedade, pela expressão financeira muito superior, aos termos da correspondente escritura registrada, a qual, a teor do art. 134, § 1.º, do Código Civil de 1916, é dotada de fé pública e faz prova plena. A diferença de valor repercute ainda por alterar os encargos incidentes sobre a compra e venda, entre eles os do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), cujo fato gerador é o registro imobiliário (decisões do Superior Tribunal de Justiça no REsp 12546/RJ, DJ 30/11/92, e no REsp 253364/DF, DJ 16/04/2001), e outras despesas, como as cartoriais.

23. Além disso, o instrumento particular apresentado pelo recorrente faz prova e constitui direito obrigacional de suas convenções apenas entre as partes contratantes, pois a falta de transcrição do documento em registro público impede que operem os efeitos a respeito de terceiros, consoante a norma do art. 135 do CC/1916, vigente à época. Outro aspecto consiste em que, mesmo entre as empresas contratantes, o recibo prova o pagamento apenas da primeira parcela, mas não da totalidade do valor do terreno que ali está indicado, incidindo incerteza quanto à subsistência das

cláusulas convencionadas de forma particular. A propósito, a referida incerteza nos leva a abdicar de propor que o TCU represente às autoridades tributárias competentes sobre a eventual ocorrência de artifício para reduzir pagamentos de tributos na operação de compra e venda daquele imóvel.

24. Improcede também o pedido do recorrente de que o débito passe a ser atribuído na proporção da participação societária da empresa Incal Incorporações, da ordem de 0,002249437 (itens 4.2.3.3.3, 4.2.3.4 e 5.3 às fls. 99, 101 e 126 do Anexo 1). Como se sabe, a responsabilidade solidária imputada pelo TCU no acórdão condenatório resulta da ação das empresas em dar causa ao dano ao erário em conjunto com agentes públicos e se fundamenta nos termos do art. 16, § 2.º, alínea "b", da Lei n.º 8.443/92, independentemente, portanto, da capacidade financeira ou participação societária dos envolvidos nas irregularidades.

*25. Da mesma forma, não há que se falar em infringência do princípio da vedação de **reformatio in pejus** em relação à pena aplicada ao Grupo OK no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). A penalidade foi aplicada mediante o subitem 8.2.2 do Acórdão n.º 163/2001-Plenário, após ter sido realizada a regular citação determinada pelo subitem 8.2 da Decisão n.º 591/2000-Plenário (TC 700.115/1996-0), e não em sede de recurso conforme afirma o recorrente (parágrafos 4.0 e 5.0 à fl. 83 do Anexo 1).*

26. Finalmente, por dever de ofício, consignamos que o recurso de revisão interposto pelo Grupo OK se insurge também contra a exclusão da responsabilidade dos gestores Senhores José Victorio Moro e Rubens Tavares Aidar, ex-Presidentes do TRT/SP de 1993 a 1996, e do engenheiro que atuou nas medições da obra, Senhor Gilbert Morand Paixão (item 2.5 às fls. 21/22 e item 2.6, n.º 6, à fl. 23, do Anexo 1). Nesse caso, na hipótese de não ser acolhido ou de ser alterado o exame da Serur pela improcedência das razões do recorrente (itens 22.1/22.6 às fls. 998/1000 do Anexo 1), deve-se dar ciência da peça recursal aos agentes atingidos pelo pedido de reforma para que possam, se quiserem, exercer o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 284 do Regimento Interno/TCU.

27. Ainda presentes os autos neste Gabinete, foi protocolizado o expediente datado de 19/05/2010, acostado à segunda contracapa do Anexo 1/vol. 6, no qual a Dr.ª Cristiane Miranda Mônaco solicita a exclusão de seu nome do rol de advogados deste processo.

28. Diante do exposto, esta representante do Ministério Público manifesta-se de acordo com a proposta da Unidade Técnica por conhecer dos recursos de revisão interpostos pela empresa Incal Incorporações S/A e pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A, para, no mérito, ser-lhes negado provimento.

[...]"

14. Mediante petição juntada aos autos em 29/10/2010, a empresa Incal solicitou desistência do recurso de revisão interposto (peça 87, fls. 1062/1066 do Anexo 1).

15. Por meio de despacho proferido em 16/12/2010 (peça 87, fls. 1067 do Anexo 1, o então Relator do processo, eminente Ministro Raimundo Carreiro, determinou a remessa dos autos à Serur para admissibilidade do Recurso interposto por Délvio Buffullin (peça 90, fls. 1/32 do Anexo 8).

16. Por força do Acórdão n. 1.253, prolatado em 18/5/2011, o Plenário do Tribunal não conheceu do recurso de revisão interposto do Sr. Délvio Buffulin contra o Acórdão nº 163/2001 – Plenário, por ser intempestivo (peça 81, Principal Volume 74, fl. 477).

17. Assim, permanecem não apreciados os recursos de revisão interpostos contra o Acórdão nº 163/2001 – Plenário pelo Grupo OK e pela empresa Incal, a qual posteriormente formalizou pedido de desistência.

18. Em 16/05/2018 o Grupo OK Construções e Incorporações Ltda. acostou aos autos Medida Cautelar Incidental (peça 93, fls. 02/07 do Anexo 10) requerendo que o Tribunal expedisse “*medida cautelar ordenando o sobrestamento da execução do débito no valor que exceder ao valor de US\$ 46.843.504,89 (quarenta e seis milhões oitocentos e quarenta e três mil quinhentos e quatro dólares americanos e oitenta e nove centavos)*”.

19. O Auditor Federal de Controle Externo instruiu o pedido de Medida Cautelar nos seguintes termos, **in verbis** (peça 93, fls. 126/139):

“[...]”

Analisa-se pedido de cautelar (fls. 2-7, anexo 10) subscrito por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Cynthia Povia de Aragão, causídicos que patrocinam os interesses do Grupo OK Construções e Incorporações S/A nos autos do TC 001.025/1998-8.

2. O Acórdão 163/2001- TCU - Plenário tem sido objeto de ataque pela mais ampla gama de recursos e medidas que pretendem que o objeto da decisão não seja executado, o que faz com que o processo autuado em 19/2/1998 se arraste até os dias atuais.

3. Vida processual tão longa faz com que a cada nova manifestação técnica se realize preliminarmente apanhado dos fatos, o que será feito no próximo tópico, com a ressalva de que em razão da minudente história contada na instrução que analisou o recurso de revisão interposto pela empresa, instrução autuada às fls. 982-1049 do volume 6 do anexo 1, as notícias do processo passem a ser contadas a partir da referida peça.

HISTÓRICO

4. Após a análise técnica dos recursos de revisão interpostos pela Incal Incorporações S/A e pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A, a qual contou com a anuência do Diretor e do Secretário da unidade especializada (fls. 1050-1051, v. 6 do anexo 1), o Ministério Público junto ao TCU manifestou-se às fls. 1054-1060, v. 6 do anexo 1 e não identificou fatos suficientes à alteração da decisão recorrida, defendendo posição na linha dos argumentos apresentados pela Serur.

5. Em 1/10/2010 a Incal Incorporações S/A apresentou desistência do recurso.

6. O relator (em 16/12/2010), Ministro Raimundo Carreiro, em face do recurso de revisão interposto pelo Sr. Délvio Buffulin, determinou a remessa dos autos à Serur para análise, com o Serviço de Admissibilidade de Recursos expedindo proposta de não conhecimento em razão da intempestividade recursal (peças de 20/12/2010).

7. Sem a prévia oitiva do MP/TCU, o Ministro Raimundo Carreiro (peça de 4/2/2011) afastou o encaminhamento do serviço de admissibilidade, firmando posição quanto à pertinência da análise do mérito em atenção ao formalismo moderado, merecendo destaque para a presente manifestação o seguinte trecho do despacho:

Ressalto que o Recurso em voga tem como alicerce decisão do STJ revisando o entendimento do TCU e reconhecendo a inexistência de dolo quanto aos atos imputados ao responsável por intermédio do Acórdão n° 163/2001 - Plenário, fato determinante para a sua apenação pelo TCU.

8. Em 16/2/2001, o Relator enviou o processo para a Secretaria das Sessões declinando da relatoria com arrimo no art. 135 do Código de Processo Civil.

9. Os Advogados Associados que defendem o Grupo OK Construções e Incorporações S/A (em 17/2/2011) pediram audiência junto ao Tribunal sob os seguintes argumentos:

Ocorre que, mesmo após a instrução desse processo, remanescem algumas questões controvertidas, as quais merecem a atenção de V. Exa e dos titulares das secretarias que instruíram o presente processo.

Sendo assim, considerando que o Estatuto da OAB assegura ao advogado, o direito de despachar com o magistrado, para defender os interesses de seu cliente, bem como é peculiar desta relatoria defender os primados da transparência e justiça, requer-se uma

audiência, a ser designada em dia e hora por V. Exa., com a vossa presença, bem como com a presença dos titulares da SECEX/SP, SECOB, SEGECEX e SERUR que instruíram o processo.

10. O sorteio atribuiu a relatoria do recurso ao Ministro José Múcio Monteiro (em 17/12/2011), que em seu primeiro ato retificou o andamento do processo e enviou o TC para que o MP/TCU avaliasse o exame de admissibilidade do recurso de interesse do Sr. Délvio Buffulin, com o Parquet (17/3/2011) opinando pelo excepcional conhecimento do recurso, na linha do que opinou o Relator anterior.

11. O Grupo OK Construções e Incorporações S/A solicitou demonstrativo de cálculo do total do débito (em 9/5/2011).

12. Com a prolação do Acórdão 1.249/2011, na Sessão de 18/5/2011, o Plenário deliberou pelo não conhecimento do recurso do Sr. Délvio Buffulin.

13. O Escritório AJ & Jacoby Fernandes (em 10/7/2012), com a apresentação de informações adicionais, fala em inversão do ônus da prova, critério de avaliação, avaliações pretéritas e do efeito devolutivo recursai com vistas a solicitar nova perícia das obras do TRT em São Paulo. Nada de novo em relação ao que foi argumentado e analisado anteriormente nos autos.

14. Em 12/7/2012, o Escritório AJ & Jacoby Fernandes patrocinou nova incursão ao processo, dessa vez para solicitar "Medida Cautelar Incidental", peça que será avaliada no próximo tópico.

15. Mais uma vez, de maneira excepcional, o Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, atuando em substituição ao Ministério José Múcio Monteiro (peça de 26/7/2012), determinou manifestação da Serur.

16. Essa é a sequência de fatos havidos após a última manifestação de mérito da Serur.

ADMISSIBILIDADE DA MEDIDA

17. Análise mais acurada do pedido roga por breve reflexão acerca dos remédios cautelares. Como o próprio nome da peça indica (medida cautelar incidental), os procedimentos cautelares buscam garantir a manutenção da posse do bem da vida pretendido ou, por outro lado, que contra esse não seja cometida ofensa incapaz de ser retratada. Um processo que ao cabo não assegure ao vencedor o que se postula constitui uma ação deserta, pois o ente julgador não teve a competência de assegurar força executiva à sua decisão.

18. A última espécie recursal, recurso de revisão, manejada em favor do Grupo OK, em muitos aspectos tem semelhança com a ação rescisória disciplinada pelo art. 485 e seguintes do Código de Processo Civil. A principal delas é a finalidade de atacar decisão transitada em julgado, com o diferencial de que o art. 489 do CPC contempla hipótese de concessão de cautelar:

Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

19. A regra é que a ação que transitou em julgado tenha execução plena e desembaraça de qualquer gravame ou impedimento. Na lei processual civil essa restrição tem exceção, o que não acontece com o recurso de revisão disciplinado na Lei 8.443/1992.

20. Cabe esclarecer que a cautelar que se está discutindo não é aquela prevista no art. 276 do Regimento Interno do TCU, que tem por funcionalidade impedir medida ofensiva ao interesse público que esteja em curso ou na iminência de acontecer, verbis:

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão ele mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

21. Da mesma forma, os fundamentos do pedido sequer tangenciam o que fixa o art. 273, também do RI/TCU.

22. Não cabe no estágio atual do processo discussão baseada no reproduzido artigo da LO/TCU, haja vista que já houve o trânsito em julgado, e o que se discute são valores, tipo de bem possível de reversão se em função da apreciação do recurso de revisão os responsáveis conseguirem desconstituir os motivos da decisão questionada.

23. Seguindo a análise quanto à possibilidade de conceder medida cautelar no momento em que o processo se encontra, forçoso lembrar que a finalidade do Tribunal de Contas da União é exercer o controle externo da administração pública federal, atuando na defesa do interesse público, com prerrogativas para julgar contas, dentre outras medidas, com as suas decisões tendo o condão de gerar título executivo nos casos que resultem em imputação de débito ou multa (§ 3º do art. 71 da CF).

24. Os títulos só exsurtem com o trânsito em julgado do processo, havendo a autuação em processo próprio das peças necessárias para a cobrança executiva a ser patrocinada pela Advocacia Geral da União. A TCE em tela deu origem às CBEX 006.905/2002-0, 006.906/2002-7, 006.907/2002-4, 006.908/2002-1, 006.909/2002-9 e 006.910/2002-0. É bem definida essa divisão de competências, pois o TCU tem prerrogativa de atuar até o momento de criação do título. Depois desse ato, todo questionamento quanto à suspensão ou excesso de execução deve ser suscitado na esfera judicial, tendo a AGU e/ou o Ministério Público Federal como interlocutores (art. 131 da Carta Política e seguintes).

25. No âmbito deste Tribunal, a autuação do processo de cobrança executiva é disciplinada pela Resolução 178/2005. Conforme referido disciplinamento, sobreleva trazer à baila os seguintes pontos:

Art. 3º Vencido o prazo fixado sem a comprovação do recolhimento da dívida ou a interposição de recurso com efeito suspensivo, sempre que o acórdão condenatório autorizar a cobrança judicial, a unidade técnico-executiva competente providenciará, em 30 dias:

I - a organização da documentação a ser enviada aos órgãos/entidades responsáveis, para fins de ajuizamento da ação de execução, que deverá conter:

(...)

Art. 9º Após a remessa da documentação aos órgãos/entidades executores, não mais haverá intervenção do Tribunal no processo, especialmente no tocante ao recebimento extrajudicial das quantias objeto dos acórdãos condenatórios.

Parágrafo único. No caso de provimento de recurso de revisão que resulte na alteração ou extinção do montante devido, caberá ao Tribunal comunicar o resultado da deliberação ao órgão/entidade executor que tenha ajuizado a ação.

26. Resta patente que com a apreciação dos recursos há a possibilidade de alteração da decisão original e consequente mudança dos fundamentos do título executivo.

27. A atuação do TCU tem a força de interferir no processo de execução judicial apenas quando desconstitui por meio de um acórdão reformador os motivos da decisão questionada em sede de recurso de revisão, concedendo aos responsáveis o provimento parcial ou total com vistas à alteração da imputação. Nessa hipótese, serão extraídas novas informações com a finalidade de ser enviada à CGU, que deverá peticionar nos autos do processo de execução com o intento de ajustar a cobrança.

28. A convicção de que o título descola da atuação deste Tribunal é reafirmada pela leitura de recente decisão proferida pela 2ª Câmara, com o Relator se manifestando no Voto da seguinte maneira:

57. A segunda hipótese de ajuizamento de ações judiciais ocorre após o trânsito em julgado da decisão definitiva do TCU que condene o responsável em débito e/ou multa, com base nos arts. 16, III, 19, 57 e/ou 58 da Lei nº 8.443/1992, quando exaure-se o exercício de sua competência. Nesta fase, o acórdão proferido constitui título executivo, por força do § 3º do art. 71 da Constituição Federal, que será executado junto ao Poder Judiciário, por intermédio

da Advocacia-Geral da União (AGU) ou das Consultoria Jurídicas das empresas públicas e das sociedades de economia, conforme o caso, ou do Ministério Público, nos termos do arts. 1º e 3º da Lei nº 6.822/80: (Acórdão 3.181/2012 -TCU - 2ª Câmara- Sessão de 8/5/2012).

29. Como se vê, o trânsito em julgado das suas decisões faz com que a possibilidade de atuação do Tribunal no futuro seja limitada em relação ao objeto debatido nos processos de sua competência, não cabendo a prática de medidas que interfiram na competência de outros órgãos ou tribunais, adotando mesma linha de independência de instâncias que o TCU assume em defesa de sua atuação.

30. Em janeiro de 2010 (peça de 26/01/2010), produziu-se longa análise dos recursos de revisão interpostos pelas empresas Grupo OK Construções e Incorporações S/ A e Incal Incorporações S/A., podendo o grupo requerente da cautelar ter melhor sorte na reforma do título executivo com o julgamento dos recursos.

31. A rigor, a medida tentada pelos causídicos não se enquadra em nenhuma das possibilidades previstas no RI/TCU, devendo, sopesando tão somente as regras processuais, ser indeferido o pedido de cautelar, considerando o documento como mera petição, e nesse sentido será o encaminhamento proposto ao final desta instrução.

MÉRITO

33. Ultimados os esclarecimentos necessários, passa-se a expor os motivos do pedido de cautelar incidental, seguidos das respectivas análises.

34. Argumento: de início é posto em discussão a possibilidade jurídica do pedido. Os causídicos que assinam a peça demonstram ter conhecimento de que o recurso de revisão só é recebido no efeito devolutivo. Falam dos recursos em processos administrativos, registrando que "salvo disposição em contrário, os recursos administrativos somente serão recebidos em seu efeito devolutivo" (fl. 3, anexo 10).

35. Nessa toada, resgatam o art. 61, da Lei 9.784/1999, para em seguida defenderem que havendo justo receio de prejuízo e incerteza na reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou superior poderá dar efeito suspensivo ao recurso.

36. Análise: neste ponto do recurso, os causídicos corroboram os aspectos processuais que foram esclarecidos anteriormente, não sendo adequada a concessão de efeito suspensivo no momento em que se encontra o processo. Da mesma forma, a concessão de medida cautelar em sede de recurso de revisão não resta disciplinada na Lei 8.443/1992.

37. Ademais, não há comprovação de que em caso de execução excessiva o Grupo OK Construções e Incorporações S/ A terá dificuldade em reaver os valores pagos indevidamente, se isso vier a acontecer.

38. Por fim, o pedido de cautelar, na esteira do que foi explicado quando se apresentou a formação e condução do processo executivo, deve ser formulado perante o Poder Judiciário, porquanto o TCU não tem ingerência direta na fase de execução.

39. Argumento: a necessidade da concessão de cautelar está sustentada pelo grupo em um dos pleitos formulados no final do recurso de revisão: "revise definição da responsabilidade solidária, excluindo da solidariedade imposta no título executivo em favor do ora recorrente, Grupo OK, e, por conseguinte, a multa aplicada" (fl. 3, anexo 10).

40. O grupo admitiu que o dano imputado a ele fosse limitado aos valores transferidos para seus cofres, sendo que, mesmo em relação ao referido montante, esse foi repassado a justo título.

41. Análise: restou registrada análise do recurso de revisão (item 63.3) que os fundamentos da solidariedade identificados pelo TCU estão assentados nos parágrafos que integram o item 45 do Relatório do Acórdão 301/2001 - TCU - Plenário. Mesmo considerando dispensável a reprodução do referido trecho, mas em função do tempo decorrido do julgamento até os dias atuais e da nítida irresignação dos dirigentes do Grupo OK, que ainda persiste, traz-se à baila os motivos da solidariedade apontados pelo TCU:

45 Da responsabilidade solidária do Grupo OK pelas irregularidades

Alegação

45.1 *A empresa recorrente entende que 'nem mesmo em tese poderia ter praticado qualquer irregularidade ou inadimplemento na construção do Fórum trabalhista de São Paulo, pela razão singela de que não foi parte naquele contrato - nem se afirma nos processos do TCU que seja ou haja sido, por qualquer forma.'*

Análise

45.2 *O raciocínio da recorrente parte do falso pressuposto de que, para se cometer uma irregularidade relacionada à execução de um contrato administrativo, é necessário ser parte nesse contrato. Esquece-se da existência da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, regulada pelos arts. 159 e 1.518 do Código Civil, da qual se falará adiante.*

Alegação

45.3 *Continua o Grupo OK seu arrazoado, asserindo: 'É de notar que, ainda que fosse veraz ser a recorrente controladora de Incal - e não é, como está provando no processo judicial próprio -, nem assim seria 'responsável' pelas supostas irregularidades do Fórum trabalhista, seja na acepção própria de contabilidade pública, seja na restrita do direito das obrigações. Tratar-se-ia de empresas distintas e autônomas, não solidárias, não sendo a recorrente sequer administradora de Incal'. E cita o art. 896 do Código Civil, para sustentar que a solidariedade não se presume, devendo resultar da lei ou da vontade das partes, não havendo lei nem convenção estabelecendo a solidariedade entre o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. e a INCAL INCORPORAÇÕES S.A., razão por que não é legítimo ao TCU extrair que a recorrente deva ser citada solidariamente por ser acionista da Incal.*

Análise

45.4 *Primeiramente, releva dizer que é indubitosa a contradição na qual incorre a recorrente quando diz que 'está provando no processo judicial próprio' não ser controladora da INCAL INCORPORAÇÕES S.A. .. Ora, como poderia estar provando não ser controladora da Incal se, na sua compreensão, a prova só existe validamente após a sentença? Ou será que só valem como provas antes da sentença as oferecidas pela recorrente? Isso só vem roborar o erro crasso cometido pelo Grupo OK, ao dizer que **os elementos originários do Ministério Público Federal e da CPI do Judiciário não têm valor probante enquanto não for julgada a ação civil pública na qual a referida sociedade anônima é co-ré.** Além disso, essa mera alegação do Grupo OK e nada são uma única e mesma coisa. Integrando o conjunto probatório destes autos **os documentos que demonstram ser o Grupo OK o acionista majoritário da Incal**, cumpre a ele produzir neste processo a contraprova. A documentação apresentada pela recorrente neste processo não foi suficiente para refutar a constatação atinente à sua participação acionária na Incal, consoante indicado no acórdão ora recolhido (fl. 137 do Volume Principal). Competia à recorrente apresentar, em grau de recurso, novos e consistentes elementos, aptos a modificar a convicção anterior da Corte, o que não fez, pois limitou-se a registrar **que está provando isso no curso da ação civil pública.***

45.5 *Quanto ao argumento de que não seria responsável, nem na acepção da contabilidade pública, nem tampouco na que lhe empresta o direito obrigacional, tal assertiva não merece prosperar. Consoante já assinalado, o termo 'responsável', na **Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União**, é usado para designar inclusive aqueles que, como parte interessada na prática do ato lesivo ao erário, de qualquer modo hajam concorrido para a ocorrência do dano (art. 16, § 2º, alínea b, c/c os arts. 11 e 12). Demais, no direito obrigacional, vigem as seguintes regras insculpidas no Código Civil:*

'Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

.....

Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único.

São solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521.'

45.6 Como se vê, tanto as normas que presidem a atividade do TCU quanto as de direito obrigacional prevêm a responsabilidade dos partícipes, dos cúmplices em atos ilícitos. (...)

45.7 Foi muito bem lembrada pela recorrente a previsão do art. 896 do Código Civil, segundo a qual a solidariedade não pode ser presumida, mas resulta da lei e da vontade das partes. É justamente o caso dos presentes autos. A solidariedade, aqui, resulta de lei, mais especificamente do art. 1.518 do Código Civil. Veja-se o escólio de José de Aguiar Dias:

'Problema de suma importância é o da pluralidade de sujeitos passivos da ação de indenização. Para estudá-lo em todo o seu alcance, cumpre desdobrá-lo nas questões capitais: a) Pode a vítima demandar indiferentemente a qualquer dos devedores, pelo total da obrigação ou, ao contrário, deve exigir de cada um sua prestação, resultante do rateio entre os co-devedores? b) Existe, ou não, entre os co-devedores um laço de solidariedade? c) o devedor que paga pode, ou não, agir contra os demais?'

Para responder a essas indagações, é preciso distinguir entre solidariedade contratual e solidariedade extracontratual. Aquela, como é sabido, não se presume: resulta da lei ou da vontade das partes (art. 896 do Código Civil) e se verifica 'quando na mesma obrigação concorre mais de um credor ou mais de um devedor, cada um com seu direito, ou obrigado à dívida toda (art. 896, parág. único, do Código Civil). Ora, conquanto as disposições recordadas digam respeito às obrigações em geral, é incontestável que não se aplicam em matéria de responsabilidade civil de fundo extracontratual. Aliás, nem se trata mesmo de violentar os textos, pois na verdade a solidariedade passiva, quanto à responsabilidade extracontratual, resulta do art. 159, combinado com o art. 1.518, parágrafo único do Código Civil.' (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. II, p. 804)

45.8 Tendo presente isso, impende ressaltar que foram comprovadas nos autos as seguintes ocorrências:

Constituição da INCAL INCORPORAÇÕES S.A., em 19.02.92, com capital social de Cr\$ 1.000.000,00, ou seja, menos de US\$ 700.00 (fls. 40/42 do Volume 39);

Celebração de contrato de gaveta, em 21.02.92, antes da adjudicação do objeto da licitação à INCAL INCORPORAÇÕES S.A., no qual se tornou acionista majoritário da referida empresa o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A., com 90% das ações (fls. 27/28 do Volume 39);

Registro de compra das ações pelo GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A., no Livro de Transferência de Ações Nominativas, conforme Termo de Transferência nº 3, no qual estão apostas as assinaturas de Luiz Estevão de Oliveira e Fábio Monteiro de Barros, tornando efetiva a transferência das ações, nos termos do art. 31, § Jº, da Lei nº 6.404/76 (fl. 32 do Volume 39);

Admissão, pelo Sr. Luiz Estevão de Oliveira, Diretor-Presidente do GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A., da ocorrência do registro aludido no item anterior, quando, em discurso publicado no Diário do Senado Federal, asseverou: 'Alega o Ministério Público que, além do contrato citado, existe uma fotocópia não autenticada de um registro desse contrato num Livro de Transferências de Ações. Pode ter acontecido. Ninguém discute' (fl. 25 do Volume 35);

Renúncia, em 21.02.92, por parte do GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A., ao direito de preferência na compra da parte das ações alienadas pela outra empresa acionista, a MONTEIRO DE BARROS INVESTIMENTOS S.A. (fl. 33 do Volume 39);

Extravio, em 1993, do livro de transferência de ações nominativas (fls. 116/117); Participação do GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. na licitação para a construção do Fórum trabalhista, como integrante de consórcio, bem assim indiretamente, como controlador da empresa à qual foi adjudicado o objeto da licitação (sobre a participação do Grupo OK como licitante, ver Decisão nº 231/96 - Plenário).

45.9 A recorrente não apresentou qualquer documento que comprove efetivamente o desfazimento da compra de ações, apesar de ter sido isso alegado no curso do processo. Ademais, valeu-se do termo de renúncia ao direito de preferência na compra de ações para concluir que nunca foi acionista da INCAL INCORPORAÇÕES S.A.. Ora, qualquer acadêmico de Direito sabe que a titularidade do direito de preferência é indicativa da qualidade de acionista de uma empresa (Lei nº 6.404/76, art. 109, inciso IV).

45.10 A adjudicação do objeto foi feita a empresa que sequer tinha participado do processo licitatório e que possuía capital social irrisório, tendo em vista as proporções da obra a ser feita. A despeito disso, o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. limitou-se a interpor um mero recurso administrativo, no qual passou ao largo das graves irregularidades que conspurcavam o processo licitatório. A tibieza dessa conduta da recorrente se explica pelo fato de seus interesses na adjudicação cujo objeto já terem sido satisfeitos, vez que 90%, das ações da INCAL INCORPORAÇÕES S.A. eram de sua propriedade. Assim, vê-se que a participação do Grupo OK no esquema que redundou no enorme dano ao erário remonta ao processo licitatório.

45.11 Por outro lado, foram apurados pela CPI do Judiciário e pelo Ministério Público, inicialmente, repasses da ordem de US\$ 34,286,217.25 da empresa INCAL INCORPORAÇÕES S.A. e de outras que faziam parte do Grupo Monteiro de Barros para o Grupo OK, o que representava 36,35%, de todos os pagamentos feitos em cheques por aquele grupo de empresas durante a vigência do contrato com o TRT da 2ª Região, em um período no qual, segundo observou o Parquet Federal, a única fonte vultosa de recursos das referidas empresas era a obra do Fórum trabalhista (fls. 207/208 do Volume 34 - Relatório da CPI do Judiciário). Demais disso, foi feito o cotejamento das ordens bancárias expedidas pelo TRT com as operações financeiras favorecedoras do GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A., do qual se depreende a transferência incontinente de recursos para essa empresa, tão logo efetuados os pagamentos à INCAL INCORPORAÇÕES S.A. pelo TRT paulista. Até mesmo os períodos de cessação dos pagamentos coincidem com a interrupção das transferências para a ora recorrente (fl. 200/207 do Volume 34). Dessarte, está patenteado o benefício do Grupo OK resultante das irregularidades praticadas naquele contrato.

45.12 Para contestar isso, na fase de apresentação das alegações de defesa, a recorrente procurou justificar as transferências de recursos por meio de supostos negócios entre os dois grupos empresariais, a saber: (i) a aquisição de terreno no Bairro do Morumbi, em São Paulo; (ii) a aquisição de Fazenda no Município de Santa Terezinha, em Mato Grosso; (iii) o reembolso de despesas de pré-investimento e indenização por expectativa frustrada de lucro no Terminal de Cargas Santo Antônio, em Duque de Caxias; (iv) e a amortização de empréstimos concedidos pelo Banco OK ao Grupo Monteiro de Barros. Nada obstante, como restou averiguado pela CPI (fls. 213/299 do Volume 34) e bem assinalado pelo Ministério Público Federal (fls. 120/165 do Volume 37), os documentos e alegações apresentados não são capazes de comprovar a ligação entre os negócios e os pagamentos, como também, em alguns casos, sequer a existência dos negócios.

45.13 Na alienação do **terreno do Morumbi**, o contrato apresentado, sem firmas reconhecidas e não registrado em cartório, data de 07.04.94, pretendendo justificar pagamentos realizados em 1992, sendo que não houve transferência do imóvel, porquanto o Grupo Monteiro de Barros jamais constou como proprietário do terreno no cartório de registro de imóveis, bem como não figurava na contabilidade de qualquer dos contratantes aquele negócio, na condição de contrato de compra e venda.

45.14 Quanto à compra da Fazenda Santa Terezinha, restou demonstrado pelos elementos fornecidos pelo Ministério Público Federal que as empresas do GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. são proprietárias de 9 das 12 glebas rurais daquela fazenda, que têm um preço total estimado de 2 milhões de dólares, havendo delas se valido a recorrente, sem sucesso, para justificar o recebimento de 15 milhões de dólares das empresas do Grupo Monteiro de Barros.

45.15 No tocante ao Terminal de Cargas, o termo de acordo apresentado pela recorrente não tinha firmas reconhecidas nem registro em cartório, apesar ele, segundo ela alegou, envolver um negócio que redundou em pagamentos de mais 11 milhões de dólares, relativo a um empreendimento que, no plano concreto, nunca foi realizado, inexistindo qualquer obra a lastrear o aludido reembolso e sendo desconhecido pela Secretaria de Estado de Transporte do Rio de Janeiro, que assinou o termo de concessão de uso do terreno, qualquer parceria entre os dois grupos empresariais.

45.16 Finalmente, com relação às **operações de crédito**, além das **inconsistências detectadas pela Receita Federal, com ausência de lançamento contábil no passivo da empresa pretensamente favorecida**, causa espécie que tantos empréstimos tenham sido tomados pelas empresas do Grupo Monteiro de Barros junto ao Banco OK, quando naquele período ocorriam transferências de milhões de dólares dessas empresas para a ora recorrente, sem correspondente relação negocial, conforme acima descrito.

45.17 Como corolário das considerações supra, tem-se que o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. não logrou demonstrar a existência de negócios com as empresas do Grupo Monteiro de Barros que justificassem as ingentes transferências de recursos provenientes, em última análise, dos pagamentos feitos pelo TRT paulista à TNCAL INCORPORAÇÕES S. A.. As tentativas malogradas de negar a condição de acionista controlador da Incal e de justificar os pagamentos mediante negócios que, com base nos elementos fornecidos pelo Ministério Público Federal, foram considerados inexistentes por esta Corte, é indicativo seguro da participação da recorrente no esquema de desvio de dinheiro público, bem assim de má-fé, o que só vem reforçar a correção na imputação de multa ao Grupo OK (...).

(...)

45.19 Robustece essa conclusão, outrossim, o próprio modo como foi constituída a INCAL INCORPORAÇÕES S.A., com capital social risível, mais uma maneira de os responsáveis se furtarem das obrigações decorrentes dos atos ilícitos praticados. Nem se restrinja a responsabilidade da recorrente aos valores a ela repassados pelas empresas do Grupo Monteiro de Barros. Com efeito, a responsabilidade aquiliana dos arts. 159 e 1.518 do Código Civil não está a pressupor, necessariamente, enriquecimento ilícito. O fundamental nesse tipo de responsabilidade é a existência do dano e a verificação da conduta juridicamente censurável que deu origem a esse dano, ambas fartamente comprovadas nestes autos. **Presentes essas duas condições, faz-se mister a recomposição patrimonial do ofendido (no caso, a União), pelos causadores do prejuízo. Ainda que da ação reprochada não adviesse - e adveio - benefício direto ao GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A., remanesceria sua obrigação, como partícipe do esquema engendrado, de reparar o dano existente.** No processo, foram seguramente demonstrados repasses de pelo menos 34 milhões de dólares à recorrente, o que não significa que apenas esse montante aproveitou ao Grupo

OK, mesmo porque, possuindo 90% das ações ela INCAL INCORPORAÇÕES S.A., também era beneficiado dessa forma pelos desfalques. A propósito da responsabilidade solidária em atos ilícitos, ensina José de Aguiar Dias:

'A indivisibilidade do dano, portanto, pode aparecer como conseqüência da dificuldade de fixar o montante do prejuízo atribuível a cada um operando a fusão dos dois danos num só e único prejuízo. Seria na verdade injurídico beneficiar os autores de ato ilícito com a incerteza que só eles estão em condições de desfazer, e uma vez que não haja outra solução capaz de atender ao imperativo da reparação ao lesado. E, para mais, o que nos lembra essa doutrina é a aplicação, nos casos de culpa extracontratual, de uma norma de que escapam. Isto é, em relação a eles a solidariedade pode ser presumida (...).

Nenhuma influência tem, por seu lado, na caracterização da solidariedade, a unidade das faltas cometidas pelos agentes (...).

A diversa natureza dos atos ilícitos perpetrados pelos diferentes responsáveis não poderia ser invocada como motivo capaz de afastar a solidariedade: tanto faz que sejam de omissão ou de comissão, que um seja penalmente punido e outro não, que a culpa em relação a um se presuma e isso já não aconteça em relação a outro.' (Op. cit., vol. II, p. 806-7) (...).

45.21 A reforçar a distinção entre o dano provocado e o enriquecimento ilícito está a Lei nº 8.429/92, que não apenas prevê a perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio do terceiro beneficiado pelo ato de improbidade administrativa, como também o integral ressarcimento do dano por esse mesmo terceiro, em ocorrendo lesão ao patrimônio público, seja ela decorrente de ação ou omissão, dolosa ou culposa (arts. 5º e 6º). O art. 3º daquela lei é de clareza solar quando estatui: 'As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.'

45.22 A circunstância de se tratar de empresas distintas, autônomas e de não ser a recorrente sequer administradora oficial da INCAL INCORPORAÇÕES S.A., conforme apregoa o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A., é irrelevante para o deslinde da questão, eis que a responsabilidade, in casu, é extracontratual. Reforçando uma vez mais a conclusão de que houve conluio estão os absconditos contratos de transferência de ações, prova de que, na realidade, a recorrente detinha 90% das ações da Incal. Igualmente, a remessa de um milhão de dólares sem lastro em avença de qualquer natureza, expressamente consignada no Voto do Ministro-Relator (fl. 1139 do Volume Principal), efetuada das contas do Sr. Luiz Estevão de Oliveira, Diretor-Presidente do GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. e de sua mulher, Cleucy Meireles de Oliveira, no DELTA NATIONAL BANK, para a conta do Sr. Nicolau dos Santos Neto na agência do Banco Santander, em Genebra, deixa evidente a participação ativa do Diretor-Presidente da empresa recorrente no esquema.

(...)

45.24 Alfim, integrou os documentos utilizados pelo Parquet Federal na ação civil pública intentada contra o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. depoimento do deputado João Fassarela, no qual informou que, no início de 1999, o Diretor-Presidente da empresa, Sr. Luiz Estevão de Oliveira, interveio diretamente junto àquele parlamentar, à época um dos relatores da Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional, rogando fosse revisto o corte de verbas na proposta do Fórum trabalhista, sugerido pelo depoente. Que grande interesse levaria o Diretor-Presidente do Grupo OK a, com insistência, patrocinar a destinação de verbas para a construção da obra em comento (...)

(...)

45.25 Nem poderia a recorrente se eximir de responsabilidade sob o argumento de que o Sr. Luiz Estevão de Oliveira não agia como seu Diretor-Presidente, por estar em

exercício de mandato parlamentar, licenciado do cargo na empresa. De feito, as fraudes apuradas neste processo tiveram início em 1992, quando do processo licitatório. Nessa época, o Diretor-Presidente do Grupo OK sequer exercia mandato eletivo. E mesmo depois disso o Sr. Luiz Estevão de Oliveira permaneceu de fato no comando da empresa, pois assinou, na condição de administrador, documentos datados de 1997, com os quais pretendeu justificar os repasses de recursos da INCAL INCORPORAÇÕES S.A. para a ora recorrente.

45.26 Além do fundamento da responsabilidade solidária já exposto, outro há: a **disregard of legal entity**. Com efeito, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica sustenta que o patrimônio dos sócios pode ser alcançado sempre que, por meio do uso indevido de uma sociedade, consistente em fraude à lei ou abuso de direito, houverem sido lesados direitos de terceiros ou de outros sócios. Essa teoria é de larga aplicação nesta Corte, encontrando-se registro de seu uso no já remoto ano de 1986 (TC nº 004.657/85-1, Decisão de 08.07.86). Como exemplos de deliberações recentes nas quais foi invocada a **disregard doctrine**, podem ser citadas: Decisão nº 749/2000 - Plenário, Acórdão nº 189/200 I - Plenário, Acórdão nº 45/200 I - Plenário.

45.27 Já em meados do século passado, o jurista alemão Rolf Serick, em sua obra **Rechtsform und Realität Juristischer Personen**, propugnava que, sendo a sociedade um instrumento de seus membros, que podem atuar de maneira abusiva, sua personalidade jurídica deveria ser desconconsiderada quando a empresa fosse utilizada para fins ilícitos. Aquele doutrinador sistematizou o instituto da *Durchgriff* do direito tedesco, que os norte-americanos de há muito haviam incorporado a sua jurisprudência. Consoante noticia Carmem Lúcia Silveira Ramos, a doutrina logrou acolhida também no direito francês:

'Essas normas foram precedidas pela chamada jurisprudência 'du controle', que, por um lado, admitiu a existência da pessoa moral como sujeito de direito distinto e, por outro, buscou, atrás da pessoa jurídica, os outros sujeitos de direito, que são os sócios. Este entendimento jurisprudencial preserva a existência da sociedade e as relações jurídicas firmadas com terceiros, mas, ao mesmo tempo, diz que as relações jurídicas também vinculam o sócio principal. Assim, a sociedade dominada por um único sócio existe para a jurisprudência, mas são recusadas as consequências lógicas de sua existência.

Qual seja: reconhece-se a autonomia jurídica da sociedade, como titular de direitos e obrigações distintos dos de seus sócios, mas, simultaneamente, atinge-se o sócio ou sócios que atuam por trás da pessoa jurídica, em particular os controladores, os que a dominam.' (Teoria da desconconsideração: sua aplicação no direito societário, in Revista do IAP, nº 26, p. 196)

45.28 A propósito, a mencionada estudiosa identifica como caso de autêntica *Durchgrif*, no âmbito das sociedades limitadas, a subcapitalização, que é o caso dos presentes autos. Com efeito, a INCAL INCORPORAÇÕES S.A. foi constituída com capital inicial de Cr\$ 1.000.000,00 às vésperas da adjudicação do objeto da licitação, que, em valores da época, correspondia ao montante de Cr\$ 150.252.480.000,00. O capital social da empresa foi aumentado em julho de 1996, passando a ser de R\$ 1.842.803,20 (±I. 46 do Volume 39).

45.29 Preleciona Tullio Ascarelli que 'a existência de uma sociedade não pode servir para alcançar um escopo ilícito; a existência de uma sociedade não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito aos seus sócios; a existência de uma coligação de sociedades não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito a uma das sociedades coligadas.' (apud KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 67).

(...)

45.32 Ora, o interesse público é o interesse indisponível por excelência e a própria condição de existência do corpo social, segundo magistral lição de Celso Antônio Bandeira de

Mello (cf. capítulo II do Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001). Reclama o interesse público o imediato ressarcimento ao erário dos valores subtraídos no escândalo do TRT paulista.

(...)

45.34 No direito brasileiro, a desconsideração da personalidade jurídica 'baseia-se em expressa norma de lei que regulamenta o caso concreto no sistema legal de eficácia dos atos jurídicos e, ainda, nos princípios gerais ele que informam nosso ordenamento jurídico' (KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. Op. cit. p. 144). A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é igualmente passível de utilização por órgãos da Administração Pública, conforme reconhecido: (i) pelo direito positivo de que é exemplo o art. 18 da Lei nº 8.884/94, que trata da Durchgriff nos casos de infração à ordem econômica examinados pelo CADE; (ii) pela doutrina (cf. VALADÃO, Perpétua Leal Ivo. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito administrativo - extensão de penalidade à empresa criada com o fim de fraudar a aplicação da lei de licitações, in XXVI Congresso Nacional dos Procuradores de Estado. Goiânia: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, 2000).

45.35 De tudo quanto foi exposto, conclui-se que a INCAL INCORPORAÇÕES S.A. foi constituída a sabendas, para perpetrar atos lesivos ao erário, por intermédio dos quais jorraram a cântaros os recursos públicos para os cofres daquela empresa e do Grupo OK. Havendo fraude à lei, de que se beneficiou o sócio majoritário da Incal - GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A. - que, permanecendo oculto, descoberto apenas quando da apreensão dos contratos de gaveta que estavam na posse do Sr. Fábio Monteiro de Barros Filho, era destinatário direto de significativa parcela dos pagamentos feitos pelo TRT paulista, é de todo pertinente a aplicação da **disregard doctrine** no caso examinado.

45.36 **A participação do Grupo OK não se restringe ao plano passivo, como favorecido pelas transferências financeiras. Está comprovada também: (i) pela dúplice participação (ostensiva, integrando consórcio, e sub-repticiamente, por intermédio da Incal) em licitação viciada; (ii) pela interveniência de seu Diretor-Presidente, solicitando a liberação de recursos do Orçamento da União para a obra; (iii) pelos frequentes e inexplicados contatos telefônicos com o Sr. Nicolau dos Santos Neto, Presidente da comissão encarregada da execução do contrato; (iv) pelos significativos e inexplicados valores transferidos pelo Sr. Luiz Estevão de Oliveira ao Sr. Nicolau dos Santos Neto; (v) pelas desmesuradas tentativas de dar contornos de operações legítimas às transações havidas com as empresas do Grupo Monteiro de Barros que, ao fim, não se mostraram capazes de explicar tais ocorrências, o que, remanescendo a conclusão do Plenário desta Corte no sentido de inexistir razão para ditas transferências, faz presumir o intuito de iludir o Tribunal.**

45.37 Dessarte, seja pela via da **disregard doctrine**, seja pela via da responsabilidade civil aquiliana, o GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S. A. é responsável solidário pelo débito apurado nos presentes autos, não merecendo prosperar o recurso da empresa recorrente, por quaisquer dos argumentos nele expendidos" (foi negritoado).

42. Colocou-se em negrito os pontos mais relevantes, podendo extrair da leitura dos motivos da solidariedade as seguintes conclusões: o Grupo OK, mesmo não atuando na forma ostensiva, foi chamado em solidariedade para responder em solidariedade; o Grupo OK desde aquela época pretende vincular a decisão do TCU às ações cíveis públicas que tramitam em seu desfavor; há elementos nos autos que indicam a compra da Incal Incorporações S/A pelo Grupo OK; a título de justificar as transferências de recursos para o Grupo OK são indicados a aquisição de terreno no Bairro do Morumbi em São Paulo, a aquisição de Fazenda no Município de Santa Terezinha em Mato Grosso, o reembolso de despesas de pré-investimento nas obras do Terminal de Cargas Santo Antônio

de Duque de Caxias; amortização ele empréstimos; remessas por conta do Grupo OK de contas em paraíso fiscal para contas do Sr. Nicolau do Santos Neto. Em todas as transações foi indicado algum tipo de problema.

43. Evidências como contrato de gaveta, empréstimos sem registro, transações efetuadas em paraísos fiscais, transferência de propriedades com algum tipo de inconsistência e outras questões não devidamente explicadas, situações que apareceram no curso do processo, apontam para uma única direção, a existência de transações com favorecimento mútuo e consentido dos responsáveis arrolados nos autos, sem que ficasse registrado algum fato de que tenha havido qualquer ação com violação de confiança entre eles, o que justifica que no momento de julgamento da TCE haja condenação solidária dos responsáveis.

44. Como noticiado, não é atual a tentativa de o grupo vincular a decisão do TCU aos julgamentos do Poder Judiciário em outros processos. Ressalvados os casos em que reste comprovado, na esfera penal, a inexistência do fato ou a negativa de autoria, não opera em relação às decisões desta Corte de Contas a vinculação de instâncias.

45. Dito isso, não restou demonstrado qualquer dever de cautela que deve ser deferido pelo Tribunal. A questão de fundo colocada para sustentar o pedido é matéria de mérito, já enfrentada por esta área técnica, devendo ser deslindada por ocasião do julgamento dos recursos de revisão.

46. Argumento: os causídicos indicam que em contradição com o acórdão recorrido tramitam no Poder Judiciário as ações civis públicas 0036590-58.1998.4.03.6100 e 0012554-78.2000.4.03.6100. No primeiro processo é cobrado o valor total do dano, enquanto no segundo, onde consta o Grupo Ok, o objeto é tão somente o ressarcimento dos valores comprovadamente transferidos para o grupo.

47. Eles citam questões apontadas nos embargos opostos pela AGU e MPF em relação ao Processo 0012554-78.2000.4.03.6100, à luz do objeto em apreciação no primeiro processo (0036590-58.1998.4.03.6100). Com isso, apresentadas diversas considerações, concluindo com o pedido de que o TCU conheça do pedido de cautelar e expeça medida dessa natureza ordenando o sobrestamento da execução do débito no valor que exceder ao valor de US\$ 46.843.504,89 (a referência em dólares americanos está correta).

48. Análise: não é apropriado ao Tribunal deferir a limitação cautelar de valor de execução, até em razão de não ser sua atribuição a execução dos títulos que as suas decisões originam.

49. Necessário registrar que o ponto diferencial entre as ações tendentes ao ressarcimento que correm no Poder Judiciário e os julgamentos do TCU, em muitos casos, é a forma de responsabilização. Se perante o judiciário a regra é que apenas o beneficiário responda pelo retorno dos valores ao real proprietário, nesta Corte de Contas, segundo disposição legal (§ 2º do art. 16, e suas alíneas, da Lei 8.443/1992), a corrente é a condenação solidária dos envolvidos. Isso não impede que na fase de execução do título gerado pelo julgamento do Tribunal a solidariedade volte à tona e o magistrado decida separar as responsabilidades pelo dano entre os envolvidos, mantido o montante que deverá regressar para o Erário.

50. Conforme apresentado anteriormente nesta instrução, o TCU tem indicado sistematicamente que os responsáveis agiram de comum acordo, justificando a responsabilização solidária.

51. Ademais, no Processo 0036590-58.1998.4.03.6100 consta como responsável a empresa Incal Incorporações S/A, que, segundo o que foi discutido nos autos, foi adquirida pelo Grupo OK. Prudente recordar que na análise feita em face do recurso de reconsideração foram discutidos os motivos da desconsideração da personalidade jurídica.

52. Por tudo o que foi apresentado, considerando que o pretendido pelos causídicos é a equalização das decisões, e que o palco em que estão sendo desenroladas as ações civis públicas utilizadas como referência e o processo de execução resultante do acórdão do TCU é o Poder

Judiciário, melhor sorte o pedido poderá ter se tentado na esfera judicial, com a participação da AGU e/ou MPF.

53. Quanto a qualquer temor de que eventual excesso de execução seja perdido definitivamente, sem dúvida que os juízes têm meio de garantir que a União devolva os valores acaso pagos a maior, sendo infundado o receito que suporta o pedido de medida cautelar.

54. A vista dos elementos existentes nos autos e dos motivos defendidos anteriormente nesta instrução, deve ser indeferido o pedido de cautelar, com a peça sendo considerada mera petição ou, sucessivamente, caso a Corte assim não entenda, como elementos de defesa adicionais ao recurso de revisão, e esta manifestação técnica como instrução complementar do recurso.

CONCLUSÃO

55. Em vista do exposto, eleva-se o assunto à consideração superior, propondo:

*a) indeferir o pedido de **Medida Cautelar Incidental** apresentado pelo **Grupo OK Construções e Incorporações S/A** com vistas ao sobrestamento da execução do débito em curso no Poder Judiciário, por falta de amparo legal e regimental, e considerar a peça como mera petição;*

b) ou, sucessivamente, caso a Corte assim não entenda, receber o pedido de medida cautelar incidental como elementos de defesa adicionais ao recurso de revisão processado nos autos e, no mérito, ratificar a instrução e proposta de encaminhamento às fls. 982-1049 do volume 6 do anexo 1, considerando que os elementos ora apresentados não são suficientes para elidir total ou parcialmente as irregularidades apuradas neste processo, conforme demonstrado na análise constante dos itens 17 a 31, 36 a 38 e 48 a 53 desta instrução;

c) comunicar aos interessados a deliberação a ser adotada.

[...]”.

20. O escalão dirigente da Serur manifestou-se de acordo com a proposta do Auditor Federal de Controle Externo (peça 93, fls. 140 e 141).

21. Em expediente acostado aos autos em 11/06/2018 (peça 101), o Grupo OK Construções reiterou pedido de realização de perícia.

22. Em 08/08/2018 o então Relator, eminente Ministro José Múcio Monteiro, indeferiu ambos os pleitos conforme despacho transcrito a seguir (peça 102), **ipsis litteris**:

“[...]

Refiro-me aos requerimentos apresentados pelo Grupo OK Construções e Incorporações S/A (peça 93, págs. 3/8 e 119/124, e peça 101), com o objetivo de que este Tribunal adote "medida cautelar incidental" no sentido do "sobrestamento da execução do débito no valor que exceder US\$ 46.843.504,89", bem como determine a realização de perícia "para avaliar o valor da obra, o valor despendido com a mesma e o valor executado", relativamente à Construção do Fórum Trabalhista de São Paulo.

Quanto à cautelar, a Secretaria de Recursos manifestou-se pela sua inadmissibilidade, tanto por não ser protetiva do erário, condição exigida pelo art. 276 do Regimento Interno, como por não estar ao alcance de decisão desta Corte, uma vez que a dívida constituída pelo Acórdão nº 163/2001-Plenário já foi encaminhada à execução judicial (peça 93, págs. 127/142).

Estou de acordo com o posicionamento da Unidade Técnica.

Em suma, o requerente pretende que o débito a que foi condenado (em solidariedade), de R\$ 169.491.951,15 (data-base: 1/5/1999), seja provisoriamente limitado ao montante equivalente às transferências financeiras diretas que recebeu da construtora Incal Incorporações S/A, responsável direta pela obra, conforme constou de uma das ações civis públicas que correm na Justiça.

Conforme salientado pela Serur, as medidas cautelares de competência do TCU não são destinadas a prevenir a hipotética ocorrência de dano a particular, como se pleiteia. Por outro lado, o

acórdão já foi à execução, não cabendo alteração a não ser por eventual provimento de recurso de revisão.

Com relação ao pedido para determinação de perícia, também não há como acolhê-lo, pois cabe à parte produzir as provas do seu interesse, segundo extensa jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos n.ºs 1298/2018-1ª Câmara, 4843/2017-1ª Câmara, 2805/2017-1ª Câmara, 6214/2016-1ª Câmara, 5920/2016-2ª Câmara, 2648/2015-Plenário, 2262/2015-Plenário, 3535/2015-2ª Câmara, 473/2015-Plenário, entre outros). Por conseguinte, decido por indeferir ambos os requerimentos. [...]"

23. Por meio de petição juntada aos autos em 22/4/2018 (peça 108), o Grupo OK Construções e Incorporações S/A solicitou que este Tribunal determine a realização de perícia "*para avaliar o valor da obra, o valor despendido com a mesma e o valor executado*", relativamente à Construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, seguindo-se o mesmo procedimento adotado no TC 018.016/2005-1. Alega também que a instrução processual ainda não se encerrou, visto não ter havido apreciação do recurso de revisão interposto nas peças 82-87.

24. Mediante instrução acostada aos autos em 26/04/2019 (peça 109), a Secretaria no Estado de São Paulo (Sec-SP) destacou que permanecem não apreciados os recursos de revisão interpostos pelo Grupo OK e pela empresa Incal, a qual inclusive formalizou pedido de desistência e encaminhou os autos à Secretaria das Sessões, em face da declaração de suspeição do então Relator, eminente Ministro Raimundo Carreiro (peça 91, p. 198), para sorteio de novo Relator dos recursos de revisão interpostos pelo Grupo OK Construções S/A e pela empresa Incal Incorporações S/A, propondo adicionalmente ao Relator sorteado "*o indeferimento do pedido de realização de perícia formulado pelo grupo OK, na petição de peça 108*".

25. Consoante sorteio realizado em 30/4/2019 (peça 110), passei a relatar os presentes recursos de revisão.

É o Relatório.