

# Parecer P.G. Nº 612/97

PROCESSOS T.C. Nº 9701268-3

T.C. Nº 9701879-0

ASSUNTO: AUDITORIAS ESPECIAIS

ÓRGÃOS: SECRETARIA DA FAZENDA/BANDEPE

RELATOR: CONSELHEIRO ROLDÃO JOAQUIM

PROCURADOR: MÁRCIO JOSÉ ALVES DE SOUZA

## 1. Relatório

**1.1. Às fls. 1382/1388, do Processo 9701268-3, este Continente, emiti o Parecer PG 568/97, no qual, após relato do processo, opinei pela rejeição da Preliminar de Coisa Julgada Administrativa, e acolhimento de Preliminar de Continência, levantada *ex officio* pelo Auditor Arcoverde Filho, a fim de se atrair o Processo 9701879-0, para julgamento simultâneo.**

O Conselho, em composição plenária, acolheu a Continência, vindo-me ambos os processos para análise e parecer.

1.2. Quanto ao Processo 9701268-3 adoto o Relatório do Parecer PG 568/97, insistindo pela rejeição da preliminar de coisa julgada, diante das razões lá expostas que me dispensei de reproduzi-las (fls. 1382/1387).

1.3. Quanto ao Processo 9701879-0 versa sobre a contratação do Banco Vektor pelo BANDEPE, objetivando as negociações dos títulos públicos no mercado financeiro.

1.4. A Auditoria elaborou o Relatório de fls. 985/1009, concluindo:

a) que a contratação do Banco Vektor, sem prévia licitação, infringiu o art. 37, XXI, da C.F., bem como a lei nº 8.666/93, pois não ficou provada a notória especialidade da instituição;

b) que a comissão de 5,5% paga pelo Estado ao Vektor era indevida, tendo em vista que a Caixa Econômica adquiriu as letras diretamente do BANDEPE;

c) os atos praticados são ilegais e causaram dano ao erário.

1.5 Foram citados para defesa o Senhor

Secretário da Fazenda, o Presidente do BANDEPE, o Diretor de Finanças do BANDEPE, os membros da Comissão de Licitação do BANDEPE.

1.6 Às fls. 1037/1065, defesa dos membros da Comissão de Licitação do BANDEPE que, em síntese, alegam ter-se pautado na estrita observância dos elementos apresentados para aferição da notória especialidade que os levaram a concluir pela inexigibilidade do certame.

Para tanto, afirmam, louvaram-se em pronunciamentos, referências técnicas e Pareceres Jurídicos como o da lavra do jurista Celso Antônio Bandeira de Melo (fls. 191/211); da DIJUR/BANDEPE (fls. 175/177); e Relatório Prévio 191/96 da Auditoria Geral deste Tribunal (fls. 212/217) que serviu de base à Decisão desta Corte.

E os elementos disponíveis em nada impossibilitavam a contratação direta do Banco Vektor, que reunia as condições.

A defesa se louva, também, em ensinamentos doutrinários e Decisão nº 565/95 do TCU, publicada no D.O.U. de 28.11.95.

Em todo instante, cuidaram os membros da Comissão de Licitação do BANDEPE em demonstrar o zelo e cautela de que se revestiram para opinação, isentos que são de qualquer interesse pessoal.

1.7 Às fls. 1066/1113, os diretores do BANDEPE oferecem resposta, sustentando:

a) que não causaram qualquer dano ao erário, nem cometeram ilícito, pois inexiste fato real que prove a ação ilícita e dolosa dos defendentes e conseqüente lesão, sem os quais há meras suposições;

b) que a contratação direta obedeceu aos trâmites legais, motivada por documentos que evidenciam ter o VETOR condições e capacidade técnica para a operação;

c) que a venda das letras à Caixa Econômica Federal se deu através do VETOR, pois o contrato contém cláusula de exclusividade;

d) que as falhas formais não causaram dano e devem ser relevadas, conforme decisões do TCU e STJ, que citam.

A defesa está instruída com nove (9) anexos.

Assim, complementando o relato lançado no Parecer PG 568/97 9 (fls. 1382/1385), dou por feito o relatório e passo a opinar.

## 2. Quanto às preliminares

2.1 Como já disse no Processo 9701268-3, continente, foram erigidas duas (2) preliminares: a de continência e a de coisa julgada administrativa.

A de continência já foi apreciada pelo órgão colegial, sendo, portanto, matéria ultrapassada.

2.2 Sobre a preliminar de coisa julgada administrativa, renovo as razões que desenvolvi no citado Parecer PG 568/97, opinando pela sua rejeição.

## 3. Com Relação ao Processo 9701879-0 Inexigibilidade de Licitação

A questão da notoriedade e experiência anterior do profissional que levam à inexigibilidade da licitação tem suscitado polêmica. Na verdade, a lei adotou conceitos genéricos.

**O § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93, diz: “considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (grifos nossos).**

Como se vê, o conceito legal apresenta dois elementos: um de ordem objetiva (concei-

to no campo de sua especialização, desempenho anterior, experiências, equipe técnica); outro de ordem subjetiva (juízo de valor, convicção pessoal baseada nos dados colhidos).

Na fixação do conceito a doutrina e jurisprudência têm se batido, como se pode ver dos pareceres acostados (fls. 191/211; 175/177), citações e decisões do próprio TCU trazidos na defesa e já conhecidos.

3.2 No caso em exame, a Comissão de Licitação do BANDEPE agiu corretamente.

A declaração de fls. 37, com signação do Sr. WAGNER RAMOS, deixa claro que o VETOR, com mais de 10 (dez) anos de experiência na área e com serviços prestados ao Município de São Paulo era uma instituição que se enquadrava no conceito legal.

— Não se argumente que o signatário não merecia credibilidade, em face dos acontecimentos surgidos com a CPI dos precatórios. Ora, a declaração é bem anterior (dotada de 08.01.96) e o mesmo estava investido de função pública de realce e grande respeitabilidade que acarretavam aceitação, sem dúvida.

3.3 Além da declaração acima, vejo nos autos, às fls. 38 (vol. I) anúncio da Cia. Energética de São Paulo, de 1994, constando VETOR, juntamente com o UNIBANCO, assessorando a emissão e comercialização de ações da AGROCERES, na Bolsa de Valores do Rio; às fls. 40 o VETOR, participando do lançamento e venda de ações de Centrais Elétricas Matogrossenses S.A. — CEMAT; da mesma forma às fls. 41 e 42; às fls. 34 e Bolsa do Rio informa as classificações do VETOR, nos anos de 1990/1995; às fls. 36 declaração do Governo do Mato Grosso, atestando o assessoramento do VETOR para as negociações das letras do tesouro daquele Estado; fls. 44 parecer de auditores independentes.

Ora, esses elementos são os dados objetivos (conceito no campo de sua especialização e experiências anteriores) que motivaram o julgamento (juízo de valor) da Comissão e do BANDEPE para contratação do VETOR, com base no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

Não vejo como não aceitar os documen-

tos de fls. 34 a 44 como válidos para a aferição da aptidão do VETOR.

3.4 As formalidades legais foram cumpridas. As falhas em formalidades acidentais não nulificam a contratação, como bem ressaltou o STJ no Recurso Especial nº 43918-3, fls. 1094/1095 (vol. VII), citado na defesa. Aliás, as decisões judiciais são todas nesse sentido, inclusive do STF, como sempre tenho demonstrado em meus pareceres.

3.5 Com relação aos contratos celebrados com o VETOR (fls. 09/17 - vol. I), vejo que a questão está prejudicada, pois exaurido com o seu cumprimento integral. Sua apreciação seria importante e imprescindível, agora, caso estivesse em fase de execução. Ademais, o contrato elaborado pelo corpo jurídico do BANDEPE e a sua estrutura e cláusulas atendem às exigências do art. 54 e seguintes da Lei nº 8.666/93, devendo-se levar em consideração as peculiaridades do BANDEPE como empresa que explora atividade econômica (art. 173 e parágrafos da C.F.). Logo, o contrato não pode guardar os mesmos contornos dos contratos administrativos específicos.

3.6 Não analiso, até porque me faltam conhecimentos específicos, se o VETOR era a melhor empresa, ou a mais adequada, para o desejado. Limito-me a concluir que o VETOR atendeu às exigências estabelecidas pelos conceitos genéricos da lei. E Atendidos os requisitos objetivos, o Administrador tem margem de discricionariedade para a contratação.

3.7 Assim, opino pela legalidade do Contrato.

#### 4. Em relação ao Processo 9701268-3

4.1 Não se pode analisar o problema dos precatórios sem levar em consideração a grave questão do endividamento dos Estados que é por demais séria e põe em risco a autogovernabilidade.

O Estado de São Paulo, por exemplo, tinha contra si, em torno de 200 pedidos de intervenção por não pagamento de débitos, em 1996/1997. A dívida do Estado do Rio de Janeiro era superior, conforme noticiou a Gazeta Mercantil, a R\$ 40.000.000.000,00 (QUAREN-

TA BILHÕES DE REAIS).

A dívida externa da União, esta vem vitimando o povo brasileiro por décadas. E os elevados encargos pagos aos credores internacionais trouxeram para o país a inflação, fome, desemprego e uma política de submissão ao FMI. O país perdeu sua independência.

Mas, a toda poderosa União (que concentra uma gama enorme de poderes), quando precisa de recursos aciona o Banco Central para emitir moedas; cria tributos e contribuições, através das Medidas Provisórias. E embora muitos tenham sido julgados inconstitucionais, sequer tem a iniciativa de devolver ao povo. E os recursos obtidos pelo Tesouro Nacional mediante tributos considerados inconstitucionais é confisco.

4.2 Agora, assistimos os Estados empobrecidos com o Fundo de Estabilidade Social que retirou do Estado de Pernambuco R\$ 67.000.000,00 (SESSENTA E SETE MILHÕES DE REAIS) em 1996.

E os legisladores ficam indiferentes aos protestos e apelos dos pobres Estados da Federação.

É diante dessas circunstâncias que os atos devem ser analisados e julgados. O direito não pode ficar alheio à realidade que o circunda.

4.3 Inicialmente, impressionou-me o Parecer Técnico de fls. 1228 a 1240 que analisou o esforço do Estado para o ajuste fiscal (fls. 1233), elencando as medidas:

- Redução de cargos comissionados;
- Programa de Demissão Voluntária (Lei nº 11234, de 14 de julho de 1995);
- Estabelecimento de Teto de Remuneração (Lei Complementar nº 13, de 30 de janeiro de 1995);
- Suspensão temporária de concursos públicos;
- Congelamento do adicional de estabilidade financeira, já assegurado aos servidores (Lei Complementar nº 13, de 1995);
- Parcelamento do pagamento de licenças-prêmio (Lei Complementar nº 13, de 1995);
- Revisão de contratos temporários e

rescisão dos vínculos de estágios celebrados ou mantidos no âmbito da administração estadual (Decreto nº 18.316, de 11 de janeiro de 1995);

– Reativação de Conselho Superior de Política de Pessoal – CSPP, com vistas a homologar acordos coletivos, estabelecer diretrizes para negociações salariais e definir políticas pessoais para o Estado;

– Implantação de um Programa Intensivo de Auditoria na folha de pagamento da administração direta do Estado e naqueles órgãos da administração indireta que dependem de recursos do Tesouro;

– Extinção de vínculos com entidades não estatais;

– Negociação com os outros poderes estabelecendo-se na Lei das Diretrizes Orçamentárias limites de participação nas receitas do Estado;

– Implantação de ações de combate à sonegação fiscal e recomposição dos serviços fazendários, para aumento da arrecadação própria.

Enquanto o ajuste das contas públicas não obtinha êxito, os débitos mensais situavam-se próximos a R\$ 20 milhões (incluindo amortização da dívida pública e transferências de capital entre as despesas). Diante de tal situação o Governo foi obrigado a recorrer a duas moratórias, com a suspensão de pagamentos a fornecedores, encargos sociais, precatórios inscritos no exercício etc. Com isto, garantiu que o pagamento dos servidores não sofresse grandes atrasos.

Este quadro fiscal do Governo de Pernambuco em 1996 mostra como, em certo momento, tornou-se urgente a obtenção de recursos adicionais ao fluxo regular de receitas para que se pudesse promover um ajuste fiscal de médio e longo prazos a fim de equilibrar receitas e despesas. A opção de captação de recursos no mercado via emissão de Letras Financeiras do Tesouro era uma das possibilidades para se evitar um caos financeiro no Estado, cujas conseqüências para a população seriam traumáticas”.

4.4 E sobre a emissão das Letras do Te-

souro, concluem os pareceristas (fls. 1238):

“A emissão de Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Pernambuco foi uma decisão econômica correta no momento conjuntural em que se encontravam as finanças de Pernambuco. A população do Estado não poderia ser submetida a grande sacrifício por causa de problemas conjunturais de fluxo de caixa, enquanto o ajuste fiscal não era promovido, se havia meios disponíveis para evitá-lo. A emissão das Letras foi o mecanismo com menor custo financeiro para eliminar muito dos efeitos perversos para a população que decorreriam do ajuste fiscal, tal como ocorreu de forma dramática no Estado de Alagoas.

O custo adequado desta operação não pôde ser definido *a priori*, pois o estado não tinha experiência no mercado. A melhor forma de se obter este preço seria via transparência do processo de colocação dos títulos no mercado, de modo que a competição assegurasse a formação de preços eficientes. O mecanismo utilizado assegurou a existência de concorrência e, por tal, o mercado pôde funcionar para estabelecer preços que levou ao pagamento de juros bem abaixo dos que estavam sendo pagos nos AROs da época.

A antecipação do levantamento de recursos para pagamento de precatórios, apesar da medida econômica aparentemente não atrativa, tornou-se uma boa opção neste caso por causa da necessidade de utilização dos recursos pelo Governo do Estado e a existência de custo de oportunidade mais elevado na sua captação em outras fontes.

A valorização dos títulos após sua venda foi uma conseqüência da manipulação de mercados por agentes que tiveram má fé na comercialização dos mesmos em nível do mercado secundário. Estes agentes merecem a punição prevista em lei para manipuladores de mercado. Até onde pudemos avaliar, a Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco não teve qualquer participação nesta operação fraudulenta”.

4.5 Como se vê, a opção do Estado pela emissão das Letras decorreu de uma necessi-

dade conjuntural e inevitável de obter recursos.

4.6 Com relação ao montante, a Auditoria desta Corte diz que os precatórios atingiram o valor de R\$ 234.618,05. Logo, houve uma superestimativa que provocou a emissão de letras para um total de R\$ 413.697.282,51.

Admitindo que a emissão se deu para além dos recursos necessários (art. 33 dos ADCT'S), haveria, a meu ver, apenas uma consequência do extrapolamento: o valor excedente é computável para efeito do limite global de endividamento. Só o valor estritamente aplicado na liquidação dos precatórios fica excluído do limite.

4.7 Ademais, como bem ressaltam as defesas apresentadas, a emissão das Letras percorreu todo *iter* previsto na legislação aplicável: autorização do BACEN, do Senado, a Assembléia Legislativa editou Lei nº 11.334/96.

Todo o recurso obtido ingressou na Conta Única do Estado e sua aplicação, embora não tenha sido integralmente para pagamento dos precatórios, fez-se para cobrir despesas públicas regulares.

4.8 Comungo integralmente dos ensinamentos do eminente jurista PAULO BARROS CARVALHO (parecer de fls. 1322/1373), a quem admiro desde meus tempos de acadêmico de Direito e em cujos livros busquei lições de Direito Tributário.

Na verdade, como bem ressalta o parecerista, entre os antinomias (ou conflitos) das normas constitucionais a solução jurídica é a de se aplicar aquelas que consagrem os Prin-

cípios Federativos. E entre os princípios da federação está o da autonomia dos Estados. Sem autonomia dos entes políticos não há federação.

Nessa linha é também o Parecer de SACHA CALMON.

Quanto à questão do deságio, embora me faltem conhecimentos específicos, repito, é trivial que todo e qualquer papel e/ou operação financeira no mercado aberto estão sujeitos a manipulações. Recentemente todo o mundo assistiu às oscilações nas bolsas de valores. O Brasil perdeu uma imensa soma de dinheiro, fazendo com que o Governo Federal editasse o chamado pacote 51, tão gravoso para a população.

Aqui, volto a citar o que dizem os pareceristas Carlos Magno Lopes e Manuel Alcino da Fonseca: "a valorização dos títulos após sua venda foi uma consequência da manipulação de mercado..." (fls. 1238).

Por fim, concluo, à vista dos elementos dos autos, que as operações em exame não podem ser alçadas ao curso da ilicitude ou ilegalidade, pelo que opino sejam julgadas regulares com ressalvas.

Este é meu parecer, *s.m.j.*

Recife, 02 de dezembro de 1997

**MÁRCIO JOSÉ ALVES DE SOUZA**

– PROCURADOR

VISTO:

**HILTON CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE** – PROCURADOR GERAL