

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 003.334/1997-0

Aposos: TC 014.944/1999-5, TC 011.238/2000-7, TC 008.609/2000-5]

Natureza: Embargos de Declaração.

Entidades: Estado de Mato Grosso; Departamento Nacional de Estradas de Rodagem-DNER (extinto); e Departamento de Viação e Obras Públicas do Estado de Mato Grosso-DVOP (extinto).

Recorrente: Zanete Ferreira Cardinal (003.745.981-34).

Advogado constituído nos autos: Paulo da Silva Costa (OAB 12.435/MT).

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM FACE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS A ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO DA BR-163. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA. INABILITAÇÃO DO RESPONSÁVEL PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA. EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. CIÊNCIA AO RECORRENTE E DEMAIS RESPONSÁVEIS.

RELATÓRIO

Cuida-se de tomada de contas especial oriunda da conversão de processo de denúncia versando acerca de sobrepreços verificados em aditamentos contratuais nas obras de pavimentação da BR-163/MT, no trecho situado entre o entroncamento com a MT-320 e a divisa dos estados de Mato Grosso e Pará.

2. Nesta oportunidade, examinam-se Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Zanete Ferreira Cardinal ao Acórdão 633/2012-Plenário, que negou provimento a embargos opostos ao Acórdão 1513/2010-Plenário, o qual, por sua vez, negou provimento ao recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão 854/2005-Plenário, que teve a seguinte redação:

“9.1. julgar as presentes contas irregulares e condenar, solidariamente, os responsáveis a seguir indicados ao pagamento das quantias abaixo discriminadas, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a” do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas a seguir especificadas até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

9.1.1. Srs. Maurício Hasenclever Borges, Zanete Ferreira Cardinal, Sergio Navarro Vieira e Construtora Triunfo Ltda.:

Medição	Documento	Data	Sobrepreço (R\$)
16 ^a	OB n° 214/96	01/02/1996	1.051.122,51
Reajuste da 16 ^a	OB n° 214/96	01/02/1996	81.160,14
17 ^a	OB n° 214/96	01/02/1996	239.065,77
Reajuste da 17 ^a	OB n° 214/96	01/02/1996	29.654,12
18 ^a + Reajuste da 18 ^a	OB n° 389/96	11/12/1996	870.531,24
19 ^a + Reajuste da 19 ^a	OB n° 21/97	20/02/1997	213.936,23

9.1.2. Srs. Maurício Hasenclever Borges, Vitor Cândia e Construtora Andrade Gutierrez S/A:

Medição	Documento	Data	Sobrepreço (R\$)
1ª	OB nº 2539/97	24/12/1997	571.714,71
2ª	OB nº 2539/97	24/12/1997	918.263,34
3ª	OB nº 2610/97	26/12/1997	628.404,47
4ª	OB nº 2338/98	13/11/1998	409.079,34
Reajuste da 4ª	OB nº 2338/98	13/11/1998	16.649,53
5ª	OB nº 2540/98	28/12/1998	1.047.874,57
Reajuste da 5ª	OB nº 2540/98	28/12/1998	43.441,11
6ª	OB nº 2540/98	28/12/1998	1.287.662,01
Reajuste da 6ª	OB nº 2540/98	28/12/1998	53.855,20
8ª	OB nº 1025/99	16/07/1999	538.882,73
Reajuste da 8ª	OB nº 1025/99	16/07/1999	22.048,11

9.1.3. Srs. Maurício Hasenclever Borges, Vitor Cândia e Construtora Triunfo Ltda.:

Medição	Documento	Data	Sobrepreço (R\$)
1ª	OB nº 1850/97	09/10/1997	1.011.369,50
2ª	OB nº 1855/97	17/10/1997	842.480,39
3ª	OB nº 2539/97	24/12/1997	548.572,79
4ª	OB nº 2610/97	26/12/1997	266.047,47
8ª	OB nº 2338/98	13/11/1998	43.640,23
Reajuste da 8ª	OB nº 2338/98	13/11/1998	2.004,61
9ª	OB nº 1285/98	24/07/1998	195.788,42
Reajuste da 9ª	OB nº 1285/98	24/07/1998	4.503,13

9.2. aplicar, individualmente, aos Srs. Maurício Hasenclever Borges, Zanete Ferreira Cardinal, Sergio Navarro Vieira e Vitor Cândia a multa referida no art. 57 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 267 do Regimento Interno, arbitrando-lhes o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a partir das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, alínea "a" do Regimento Interno), seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado, até a data do efetivo pagamento;

9.3. aplicar, individualmente, às empresas Construtora Triunfo Ltda. e Construtora Andrade Gutierrez S/A a multa referida no art. 57 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 267 do Regimento Interno, arbitrando-lhes o valor de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), correspondente a cerca de 2% do valor atualizado do débito, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a partir das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, alínea "a" do Regimento Interno), seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado, até a data do efetivo pagamento;

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n.º 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, na forma da legislação em vigor;

9.5. com fundamento no art. 60 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 270 do Regimento Interno, declarar inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, pelo período de cinco anos, os Srs. Maurício Hasenclever Borges, Zanete Ferreira Cardinal, Sergio Navarro Vieira e Vitor Cândia;"

3. O Acórdão 1513/2010-Plenário deu provimento ao recurso interposto pelo Sr. Maurício Hasenclever Borges, excluindo-o da relação processual e negou provimento aos recursos intentados pelos Srs. Sérgio Navarro Vieira, Zanete Ferreira Cardinal e Vitor Cândia, bem como deu provimento

parcial aos recursos das empresas Construtora Triunfo Ltda. e Construtora Andrade Gutierrez S/A, tornando insubsistente o item 9.3 da decisão originária.

4. Os embargos ora examinados trazem como fundamento a presença de contradição no *decisum*, a qual é expressa pelo seguinte excerto do recurso (peça 113):

"4 - Da Matéria

Sintetizando a questão recorrida, temos que Vossa Excelência em seu "VOTO", observou o seguinte:

'3. Focando o mérito, em relação á contradição apontada, assim foi meu pronunciamento ao examinar o recurso de reconsideração interposto pelo embargante e demais responsáveis:

'15. Percorrendo o processo, observo que a Concorrência Internacional 003/89-DERMAT, de 2215/1989, teve os seus preços balizados pelos referenciais existentes naquele órgão para a época, não sendo observadas discrepâncias nos preços contratados em relação às previsões editalícias nos contratos subsequentes. Presume-se, portanto, pela ausência de sobrepreço nos preços inicialmente pactuados.

16. É cediço que, nessa época, havia uma instabilidade geral de preços, onde expectativas inflacionárias eram comumente incorporadas aos preços de forma generalizada. Tal conjuntura veio a ser amenizada em abril de 1994, com o advento do Plano Real, época em que os contratos inquinados foram, por imposição legal, modificados para se adequarem à nova ordem econômica.

(...)'

4. Como ali expressei, o sobrepreço apontado não subsistiria houvesse o contrato sofrido, além dos cálculos legalmente exigidos (conversões e expurgos inflacionários), a devida e necessária repactuação dos preços ali estabelecidos, trazendo-os para os patamares observados no mercado e mitigando os efeitos proporcionados pela estabilização geral de preços advindos da implantação do denominado 'Plano Real'.

5. Com efeito, a repactuação ordenada pela lei tinha por objetivo precípuo promover o equilíbrio da relação contratual, presente na avença inicialmente firmada.

6. Nesse sentido, mesmo que por hipótese se admita que o expurgo a que alude o embargante tenha sido realizado a título de repactuação, tenho por incontestado que a assinatura do Termo Aditivo nº 066/89/01/03, celebrado em sua gestão, não teve o condão de reestabelecer o equilíbrio da relação contratual, haja vista a presença de significativas distorções nos preços ali presentes." (Houve destaques)

Do texto reproduzido, dando destaque às afirmações decorrente "VOTO" anterior e que deram origem ao Acórdão n. 1.513/2010 - TCU, tem-se 3 (três) afirmações importantes:

a) não existia sobrepreço na proposta apresentada em 22/05/1989, pela licitante vencedora da Concorrência Internacional 003/89-DERMAT;

b) na época, devido a instabilidade econômica, era comum incorporar ao preço, as expectativas inflacionárias;

c) tal conjuntura veio ser amenizada em abril de 1994, com o advento do Plano Real;

No "VOTO" de Vossa Excelência que deu origem ao recente Acórdão n.633/2012 - TCU - Plenário, ora embargado, foi afirmado:

a) o sobrepreço apontado não subsistiria se houvesse sido aplicado uma repactuação trazendo os preços para os patamares observados no mercado decorrentes da estabilização geral de preços advindos da implantação do "Plano Real"; e,

b) mesmo que o expurgo tenha sido realizado a título de repactuação, a assinatura do Termo Aditivo nO066/89/01/03, na gestão do Embargante, não teve o condão de reestabelecer o equilíbrio da relação contratual, haja vista a presença de significativas distorções nos preços ali presentes.

Primeiramente tem-se a necessidade de analisar o significado do termo repactuação contido no art. 15 da Lei do Real, especialmente para se verificar se "a repactuação ordenada pela lei tinha por objetivo precípuo promover o reequilíbrio da relação contratual, presente na avença inicialmente firmada." (item 5. do voto de Vossa Excelência - acima descrito), e, como se conseguiria chegar a esse reequilíbrio da relação contratual.

Para solucionar tal problema, socorremos à jurisprudência pacificada nos Tribunais Federais brasileiros, onde resta consolidado há muito tempo que:

"CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRESENÇA DE "FUMUS BONI IURIS" E "PERICULUM IN MORA" A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DA TUTELA CAUTELAR. INEXISTÊNCIA DE SATISFATIVIDADE NA MEDIDA. REPACTUAÇÃO DE CONTRATO. CONVERSÃO DE VALORES PARA URV E, A SEGUIR, PARA REAL - NOVA UNIDADE MONETARIA. LEI Nº8.880/94. ART. 15. M.P. Nº 542/94. ART. 28 § 7º. MANUTENÇÃO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS.

1 - Nenhuma situação fática ou jurídica poderá se consolidar, oriunda do deferimento da tutela cautelar pretendida. Inexistência de irreversibilidade no provimento perseguido.

2 - Intuitiva a presença do "periculum in mora" decorrente do desequilíbrio contratual imposto com a sistemática, pretendida pelas Apeladas, de conversão das prestações devidas, nos contratos avença dos. Anteriormente ao advento da Lei nO8.880/94.

3 - O art. 15 da Lei nO 8.880/94 determinava, de modo categórico, às pessoas de direito público, bem como às sociedades de economia mista, fossem convertidos para sua expressão em URV's os valores constantes dos contratos, firmados anteriormente à sua edição. Inaplicável à espécie o comando contido no S 7º do ari. 28 da MP. Nº 542194, porquanto dirigido às obrigações não convertidas em URV - nos termos do ari. 7º da Lei n. 8.880/94 - por não estarem compelidas a tal.

4 - A conversão dos valores contratualmente estabelecidos diretamente de cruzeiros reais para reais representa inegável rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, além de não encontrar suporte legal.

5 - Apelações e Remessa "ex officio" improvidas" (TRF 28 Região. APELACAO CIVEL nº 1999.02.01.032306-8. Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO CARVALHO. J. 13/11/2001)

Para deixar mais claro ainda a posição do judiciário federal (acima citada), faz-se necessário transcrever também trecho do voto do Relator: "Então, Senhor Presidente, a norma ora citada tinha um cunho imperativo para os entes da administração pública, no sentido de que repactuassem os seus contratos, convertendo os valores avençados em URV." (grifas e destaques do embargante).

Então Excelência fica claro que o Poder Judiciário Federal da 2ª Região jurisprudência utilizada como exemplo neste embargos) entendeu que o artigo 15 da Lei do Real tem cunho imperativo no sentido de determinar que se realizasse repactuação que significa converter os valores avençados em URV.

Foi exatamente isso que o embargante fez à época, repactuou o contrato expurgando a inflação e convertendo os valores para URV e depois Real.

Assim, para efeito do comando imperativo da Lei do Real o objetivo de reestabelecer o equilíbrio da relação contratual foi atendido.

Esse é o enfrentamento que ainda se encontra omissa e/ou contraditório e precisa ser resolvido.

De outra ponta, em Síntese tem-se ainda que: O SOBREPREGO APONTADO NÃO SUBSISTIRIA SE HOUVESSE, COMPLEMENTARMENTE EFETUADO. A REACTUAÇÃO, APLICANDO OS PREÇOS JÁ DECORRENTES DA ESTABILIZAÇÃO. GERAL ADVINDOS DA IMPLANTAÇÃO. DO. PLANO. REAL.

Então:

PERGUNTA-SE: Qual foi a data da assinatura do Termo Aditivo nº 066/89/01/03?

RESPONDE-SE: O termo aditivo foi assinado em 29/06/1994, ou seja, 2 (dois) dias antes da implantação do "Plano Real", cuja data foi 01/07/1994.

PERGUNTA-SE: Como poderia o Embargante, gestor do contrato na época, dispor de elemento ou conhecimento suficiente para prever a estabilização geral de preços e, em que nível isso se daria, como resultante de um plano que seria implantado dentro de dois dias?

RESPONDE-SE: É totalmente impossível ao "homem médio" fazer essa previsão, principalmente porque o resultado esperado vai se consolidar em um futuro e não na sua implantação.

A figura do "homem médio", acima citado, é uma abstração jurídica. Um exemplo de humano fictício que serve de parâmetro para a conduta de todas as pessoas. Suas características marcantes são a razoabilidade, a proporcionalidade, e o fato de estar sempre classificado como mediano.

Diversos Acórdãos e Decisões dessa Corte utilizaram esse parâmetro.

Não poderia jamais, um dirigente de uma autarquia rodoviária do Estado de Mato Grosso, no exercício de suas funções em um órgão estadual, deter conhecimento suficiente para, de forma discricionária e precisa, promover uma reatuação ajustando os preços, em decorrência de uma estabilidade econômica de um plano que estava por ser implantado.

De premissa tem-se que o país desacreditava em planos econômicos, pois já havia experimentado o fracasso de 4 (quatro) planos econômicos anteriores, como Plano Cruzado (fev/1986), Plano Bresser Out/1987?, Plano Verão jan/1989) e Plano Collor (mar/1990). Alguns deles sofreram desdobramento como o Plano Cruzado (Cruzado, Cruzadinho e Cruzado 11) e o Plano Collor (Collor e Collor 11).

Esses fracassos contribuíram para a existência de uma hiperinflação, onde em apenas três anos a moeda foi desvalorizada em três decimais por duas vezes.

O caso concreto exemplifica muito bem essa situação, onde o IC nº 066/89/00/00 - Pjur, de maio/89 (data da proposta) até jul/94 (implantação do Plano Real), calculada pelo IGP - DI, acumulou uma inflação de 293.514.463,73%, ou seja, uma média de 27,15% a.m. no período.

(...)

Excelentíssimo Senhor Ministro - Relator, todos esses tópicos informativos têm por objetivo demonstrar que o Embargante, quando da assinatura do Termo Aditivo nº 066/89/01/03 no dia 29/06/1994, dois dias antes da implantação do Plano Real, como "homem médio" não tinha condições de antever o resultado que seria alcançado pelo referido plano. Mesmo se houvesse uma fórmula matemática que permitisse antever esse resultado, também não poderia aplicá-lo de maneira antecipada, utilizando-o como motivo para reatuação de preços.

ACRESCENTE-SE A TUDO ISSO que as análises desenvolvidas no processo utilizaram os preços de maio/1997.

Essa afirmação pode ser constatada no Relatório de Análise, assinado em 04/12/1997, constante das fls. 145 a 150, vol. VI, especificamente nos itens 11,12 e 15, ou seja:

“11. Em virtude das dificuldades de obtenção dos preços relativos a março de 1994, data base do contrato, restringimos a análise aos preços repactuados em março do corrente ano, que se referem a 62% (sessenta e dois por cento) do valor atualizado da obra. (...).

12. Com vistas a aferir a compatibilidade dos preços repactuados com os praticados pelo mercado, efetuamos a comparação desses preços com os integrantes dos sistemas de registro de preços do DNER e do DVOP.

(...)

15. Destaque-se os preços do "Sistema de Custos Unitários" do DVOP utilizados nessa análise, foram coletados em maio de 1996, com validade até maio de 1997." (Houve destaque)

Esse relatório norteou a Decisão nO.444/2000, conforme destacou o Ministro Relator em seu Relatório, "Dos Sobrepreços", item 7, fl. 349, vol. VIII, referindo-se a utilização do relatório constante das fls. 145 a 150, acima mencionado.

Ai está, também, outro ponto de contradição, senão vejamos:

1 - todos os procedimentos de análises relacionados com o IC n. 066/89/00/00 envolveram três datas distintas, ou seja:

- a primeira referente a maio/1989, data da apresentação da proposta quando da licitação;

- a segunda referente a junho/1994, data da conversão para URV, com a assinatura do Termo Aditivo nO.066/89/01/03;

- a terceira referente a maio/1997 com a assinatura do Termo de Rerratificação n° 066/89/03/03.

2 - em junho/1994, mais precisamente no dia 29/06/1994, quando o Embargante assinou o Termo Aditivo nO. 066/89/01/03, aquela data no ato da assinatura do termo, representava o presente. Assim, maio/1989 era o passado e, maio/1997 seria o futuro.

3 - sem pretender ser repetitivo, mas apenas tentando consolidar uma ideia, em junho/1994, exatamente em 29/06/1994, quando da assinatura do Termo Aditivo n.066/89/01/03, a tabela de preços de maio/1997, utilizada como parâmetro nessa análise, simplesmente não existia. Ela seria algo do futuro.

4 -Se a tabela de maio/1997 ainda não existia e, não sendo localizada a tabela de 1994, restou apenas a de maio/1989 como parâmetro de, análise, e essa não possuía sobrepreços conforme foi observado no item 15 do pronunciamento de Vossa Excelência, ao examinar o recurso de reconsideração interposto pelo Embargante.

TAMBÉM NO EMBARGO ANTERIOR o Embargante observou o seguinte, em relação ao período de sua gestão:

“A 13a medição foi a última medição realizada no período da administração do Embargante como Presidente do extinto Departamento de Viação e Obras Públicas/DVOP. Período administrativo esse que teve início em 22 de janeiro de 1992 e que encerrou no dia 31 de dezembro, conforme documentos anexos. (...).”

Uma vez que não houve manifestação sobre esse tópico, o Embargante reapresenta o mesmo, observando que o seu período de administração iniciou em 22 de janeiro de 1992 e encerrou em 31 de dezembro de 1994.

O Acórdão n. 1.513/2010-TCU/Plenário estabelece como responsabilidade do Embargante e outros os valores conforme quadro abaixo:

Período das Medições Citadas no Acórdão.

Medição Período Documento Data Sobrepreço (R\$)

16' Medição nov/95 OB n. 214/96 01/02/1996 1.051.122.51

Reajuste da 16 Medição nov/95 OB n. 214/96 01/02/1996 81.160.14

17a Medição dez/95 OB n. 214/96 01/02/1996 239.065.77

Reajuste da 17 Medição dez/95 OB n. 214/96 01/02/1996 29.654.12

18 + Reajuste da 18 ago/96 OB n. 389/96 11/12/1996 870.531.24

19 + Reajuste da 19 set/96 OB n. 21197 20/02/1997 213.936.23

Total 2.485.470.01

O período da medição está mencionado no quadro apresentado às fls. 101 do vol. 11.

A execução dos serviços a que se refere a 16a medição se deu no período de 01 a 30/nov/1995, portanto, fora do período da gestão administrativa do Embargante.

Nessas condições não tinha o Embargante, depois que deixou o cargo de Presidente do Departamento de Viação e Obras Públicas no dia 31/12/1994, qualquer competência para determinar qualquer procedimento administrativo em relação a execução do contrato. Não tinha competência para determinar o reinício da obra ou não; não tinha competência para ajustar o contrato ou não; não tinha competência para determinar qualquer outra providência em relação ao contrato, portanto, não pode ser atribuída a ele qualquer responsabilidade administrativa referente ao contrato depois do seu período de gestão.

5 - Do Pedido:

Por tudo que foi exposto, requer-se que seja recebido o presente recurso e dado provimento, para fins de afastar as contradições apontadas quanto fundamentações em relação à assinatura do Termo Aditivo n.o 066/89/01/03 emprestando-se, por consequência, efeito modificativo ao presente recurso, para fim de serem considerados regulares os atos administrativos desenvolvidos pelo Embargante no exercício de suas funções como Presidente do Departamento de Viação e Obras Públicas/DVOP, no período de 22 de janeiro de 1992 a dia 31 de dezembro de 1994, excluindo-o do rol de responsáveis solidários constante do v. Acórdão n. 854/2005 - TCU - Plenário e mantido pelo v. Acórdão na. 1.513/2010 - TCU - Plenário, tendo por corolário a insubsistência das sanções que lhe foram aplicadas, a saber:

a) recolhimento ao Tesouro Nacional dos valores apontados pelo citado acórdão;

b) pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); e,

c) inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.”

É o Relatório.