

---

# MUNICÍPIO DE SÃO LOURENÇO DA MATA/PE - APLICAÇÃO DOS RECURSOS REPASSADOS PELO EXTINTO INAMPS AO MUNICÍPIO

## Tomada de Contas Especial

---

Ministro-Relator Benjamin Zymler

Grupo II – Classe IV – Plenário

TC-500.342/1995-4

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Município de São Lourenço da Mata/PE.

Responsável: Ettore Labanca.

*Ementa: Tomada de Contas Especial. Convênio. Prefeitura Municipal de São Lourenço da Mata PE. INAMPS. Ausência de licitação específica para compra de equipamentos. Pagamento de despesas de mobilização não integralmente ocorridas. Pagamentos supostamente indevidos à Construtora OAS Ltda. em decorrência de mudança na forma de cálculo de reajustamento de preços. Acolhimento das justificativas referentes à licitação. Acolhimento parcial das justificativas relativas às despesas de mobilização. Rejeição das alegações de defesa quanto ao reajuste de preços, com imputação de débito à Construtora OAS Ltda. e ao ex-Prefeito, em solidariedade. Apresentação de peças nominadas de recurso tanto pela Construtora, como pelo responsável. Exame da documentação como novos elementos de defesa. Ponderações acerca da alteração da forma de reajuste dos pagamentos. Acatamento dos novos elementos de defesa apresentados pela Construtora e acatamento parcial dos novos elementos de defesa trazidos pelo responsável. Julgamento pela irregularidade das contas do ex-Prefeito, com imputação de multa.*

### RELATÓRIO

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada para apuração de possíveis irregularidades na aplicação dos recursos repassados pelo extinto INAMPS ao Município de São Lourenço da Mata/PE mediante o Convênio nº 38/DAS/91, que teve por objeto “a expansão das atividades médico-assistenciais com vistas ao bom atendimento da população, por meio da construção do Hospital Regional” (vol. III, fls. 2/19). O Convênio foi celebrado em 17/10/91, e os recursos financeiros

correspondentes foram repassados em duas parcelas: a primeira em 25/11/91 (Cr\$ 471.800.000,00) e a segunda em 13/01/92 (Cr\$ 235.974.000,00).

2. Quando da assinatura do mencionado Convênio, o hospital já havia sido construído com recursos estaduais e municipais, encontrando-se, em vigor, na ocasião, contrato firmado em 10/07/91, entre o município e a Construtora OAS Ltda., vencedora da Concorrência nº 01/91, tendo por objeto “a execução das obras de ampliação e o fornecimento e instalação de equipamentos” para o mencionado hospital regional.

3. Contudo, conforme verificou o INAMPS as mencionadas obras de ampliação não foram realizadas e os recursos federais repassados foram utilizados integralmente - consoante consta da respectiva prestação de contas (fls. 6 e 38, vol. II) - para o pagamento dos itens “equipamentos”, “mobilização” e “instalações” (elétricas e especiais).

4. A Unidade Técnica, após realizar as diligências pertinentes e examinar detalhadamente o processo, apontou as seguintes irregularidades:

4.1 - ausência de licitação específica para fornecimento de equipamento hospitalar, tendo em vista que, ao incluir este item numa licitação mais abrangente - que previa a ampliação do hospital -, teria restringido o caráter competitivo do certame, propiciando a prática de preços superiores aos orçados pela Prefeitura;

4.2 - pagamento integral do item “mobilização” (custo da disponibilização de recursos humanos e materiais), tendo em vista que não foi construído canteiro-de-obras, nem houve ampliação da área física do hospital que justificasse a mencionada despesa (no entendimento do ex-INAMPS e da Ciset/MS deveria ser pago apenas 17% do total do item “mobilização”, já que apenas 17% do contrato havia sido realizado quando do pagamento);

4.3 - pagamentos a maior à OAS em decorrência de erros nos cálculos de reajustamento de preços, tendo em vista a utilização pela empresa de índices em desacordo com o previsto no contrato. Explica-se: a Cláusula VI do contrato (fls. 31/32, vol. III) previa que os preços seriam reajustados de acordo com a seguinte fórmula:

Valor do Reajuste =  $[(I1 - I0)/I0] \times$  Valor a ser reajustado; onde: I1 = IGP-DI relativo ao 2º mês anterior ao do pagamento da fatura e I0 = IGP-DI relativo ao 2º mês anterior ao da apresentação da proposta. No entanto, a OAS, ao reajustar os preços, considerou, indevidamente, I1 como sendo o IGP-DI relativo ao mês do pagamento da fatura, o que propiciou, segundo a Unidade Técnica, diferenças a maior nos valores de Cr\$ 86.840.198,07, Cr\$ 86.861.383,31 e Cr\$ 83.675.411,70, relativamente às faturas de nºs 2.414, 2.527 e 2.418, respectivamente.

5. O então Relator deste feito, eminente Ministro Bento Bugarin, determinou a realização de audiência do Prefeito para que apresentasse justificativas quanto ao fato narrado no subitem 4.1 supra e a citação desse mesmo responsável, solidariamente com a Construtora OAS Ltda., para que apresentassem defesa ou recolhessem as quantias decorrentes das irregularidades narradas nos subitens 4.2 e 4.3.

6. Após considerar a análise efetuada pela Unidade técnica e também pelo Ministério Público, o Ministro-Relator apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

*“8.1. acolher as razões de justificativas apresentadas pelo Prefeito de São Lourenço da Mata/PE, Sr. Ettore Labanca, relativamente à suposta irregularidade decorrente da realização de licitação única para compra de equipamentos e ampliação do Hospital Regional daquele Município com recursos repassados pelo extinto INAMPS;*

*8.2. acolher parcialmente as justificativas apresentadas pelo mencionado Prefeito e pela Construtora OAS Ltda. concernentes à irregularidade decorrente do pagamento integral de despesas de “mobilização”, não incorridas em sua totalidade, ressalvando-se ainda que houve, por parte da Prefeitura, infringência aos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64;*

*8.3. acolher as alegações de defesa apresentadas pela OAS, no sentido de que o reajustamento dos preços contratados com a Prefeitura deveria ser calculado com base na fórmula estabelecida no Edital da Concorrência nº 01/91, em detrimento da prevista no respectivo Contrato;*

*8.4. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis relativamente ao pagamento a maior de reajuste de preços decorrente da aplicação de cálculo não consentâneo com o referido Edital e tampouco com o Contrato;*

*8.5. em decorrência do item anterior, fixar novo e improrrogável prazo de 15 (quinze) dias para que os responsáveis, solidariamente, recolham aos cofres do Tesouro Nacional as importâncias de Cr\$ 84.697.729,20 (oitenta e quatro milhões, seiscentos e noventa e sete mil, setecentos e vinte e nove cruzeiros e vinte centavos) e Cr\$ 38.120.701,20 (trinta e oito milhões, cento e vinte mil, setecentos e um cruzeiros e vinte centavos), convertidas ao padrão monetário vigente e acrescidas de correção monetária e juros de mora, contados a partir de 26/11/91 e 15/01/92, respectivamente, até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, esclarecendo-se-lhes que tais importâncias decorrem da diferença entre os preços devidos, a título de reajuste, segundo o que previa o Edital da Concorrência nº 01/91, e os preços efetivamente pagos pela Prefeitura;”*

7. Por discordar desse encaminhamento, o Exmº Sr. Ministro Adhemar Paladini Ghisi apresentou Voto Revisor em que defendeu a tese de que não teria havido prejuízo ao erário em razão da adoção da fórmula de reajuste distinta da prevista no edital e no contrato, uma vez que o cálculo efetivamente utilizado adequar-se-ia melhor ao equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, propondo, assim, que as presentes contas fossem julgadas regulares com ressalva.

8. Ao ser submetida a matéria ao Plenário desta Casa, saiu-se vencedora a proposta apresentada pelo Ministro-Relator, após haver proferido voto de desempate o Ministro Humberto Souto, no exercício da Presidência, resultando daí a Decisão nº 485/2000, nos exatos termos propostos pelo Relator.

9. Em 08.07.2000, o Sr. Ettore Labanca ingressou com peça nominada de “Pedido de Reconsideração” contra a referida Decisão. Ingressou, também, a Construtora OAS Ltda. com peça denominada de “Pedido de Reexame”, em 01.09.2000. Os expedientes foram encaminhados ao Ministro-Relator que determinou a remessa dos autos à SEGECEX, por não ser cabível a interposição de recurso contra decisão desta Corte que rejeitou alegações de defesa. Determinou, contudo, o Relator que a SECEX/PE se pronunciasse acerca dos novos elementos de defesa apresentados.

10. Transcrevo, em seguida, a instrução elaborada pelo Sr. Analista Fabiano de Oliveira Luna, por meio da qual examinou os referidos elementos adicionais de defesa.

**“DOS ELEMENTOS APRESENTADOS PELO SR. ETTORE LABANCA (FLS. 131/142, VOL. V):**

12. Os elementos trazidos pelo Sr. Ettore Labanca, a título de “Pedido de Reconsideração” buscam reformar a Decisão nº 485/2000, proferida pelo Plenário do TCU na Sessão de 14.06.2000.

13. Conforme afirmou, sua defesa “limitar-se-á a apreciação do suposto pagamento a maior de reajuste de preços”.

14. Segundo o responsável, o Ministro-Relator utilizou um único argumento para rejeitar suas alegações de defesa: o fato de não haverem sido observadas as regras de reajuste constantes do contrato ou do edital, resultando, assim, em pagamentos a maior em relação aos efetivamente devidos.

15. Lembrou então o Voto do Ministro-Revisor, que teria apresentado fortes argumentos pela legalidade dos reajustes:

a) as regras de reajustamento previstas em contrato diferiam das regras editalícias, além de expurgar índices inflacionários de dois meses, com prejuízo à contratada;

b) as regras editalícias de reajustamento também eram inadequadas, uma vez que não se prestavam à recomposição da inflação entre a data-base da proposta e o efetivo pagamento das faturas;

c) a adoção de qualquer desses critérios traria prejuízo à contratada, dado o cenário de inflação crescente;

d) a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, princípio basilar de Direito Administrativo, fez-se mister, sendo justificáveis os reajustes efetuados.

16. Em seguida, o responsável procurou demonstrar que a sua atitude encontra guarida tanto na Jurisprudência desta Corte quanto na do Poder Judiciário.

17. No que tange a este Tribunal, o responsável trouxe à colação julgados referentes à adoção de cláusulas de reajuste em contratos não constantes do edital de licitação – as famosas cláusulas do “fator K” – lembrando que foram consideradas práticas regulares, ante a imposição de manter-se o equilíbrio financeiro dos contratos. Imposição essa que se encontra insculpida no art. 37, XXI, da Constituição Federal.

18. Desses julgados, extraiu o responsável três conclusões que considerou vitais para sua defesa:

a) "o Poder Público tem obrigação jurídica e moral de atualizar suas dívidas de forma a preservar o real valor da moeda, evitando assim enriquecer-se ilicitamente à custa de seus credores";

b) "o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não depende de prévia estipulação no edital ou contrato, decorrendo de expressa garantia constitucional";

c) "não tem, a Administração Pública, discricionariedade para conceder ou negar o reajuste para manter a equação econômico-financeira inicialmente pactuada".

19. Ainda em sua defesa, alegou o responsável que a correção monetária não significa um **plus**, uma penalidade, sendo tão-somente a reposição do valor real da moeda, corroída pela inflação. Nessa situação, "deve ser aplicado o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente de determinações oficiais, editais ou contratuais". Para embasar sua assertiva, expôs trechos de julgados do Superior Tribunal de Justiça.

20. Insistindo nesse ponto, o responsável procurou demonstrar que o reajuste efetivamente praticado não significou um prejuízo ao Erário, afirmando:

"(...) É princípio dos mais mezinhos em direito que não há responsabilidade civil sem que se tenha apurado a existência de danos.

A responsabilidade do agente público só ocorrerá, portanto, se comprovado prejuízo ao erário."

21. Desse modo, considerou "absurda" a pretensão do Tribunal quanto à devolução dos valores pagos "de forma lícita e com absoluta boa-fé", pois agiu como agiu para evitar que o município de São Lourenço da Mata obtivesse lucro de forma ilícita, beneficiando-se do contratado. Apontou ainda: "O fato de deixar de obter lucro ilícito não pode ser caracterizado como prejuízo ao erário".

22. Finalmente, procurando demonstrar que agiu com a absoluta boa fé, fato que seria suficiente para elidir sua responsabilidade, segundo seu entendimento, o Sr. Ettore Labanca requer desta Corte a reforma da Decisão nº 485/2000 e o conseqüente julgamento regular, com ressalvas, de suas contas.

**DOS ELEMENTOS TRAZIDOS PELA CONSTRUTORA OAS LTDA. (FLS. 1/129, VOL. V):**

23. Os argumentos trazidos pela Construtora OAS Ltda. visam atacar:

a) a parte da Decisão nº 485/2000 que rejeitou as preliminares levantadas em sua defesa quanto ao cerceamento de defesa, com relação à aplicação retroativa da Lei nº 8.443/92 a fatos ocorridos antes de sua vigência, imputando-lhe responsabilidade solidária;

b) o próprio mérito da Decisão que considerou irregular os reajustes praticados em desconformidade com o edital e com o contrato.

***Preliminar levantada acerca de cerceamento de direito de defesa:***

24. Segundo a recorrente, esta Unidade Técnica, em seu primeiro Parecer, não mencionou o dispositivo legal em que se baseou para considerar a responsabilidade solidária entre a Construtora e o Prefeito de São Lourenço da Mata, Sr. Ettore Labanca. Esse fato, apenas, bastaria, em sua análise, para caracterizar ferido o princípio constitucional do devido processo legal.

25. Em virtude dessa ausência de fundamentação, a defesa realizada deu-se a “vôo cego”, pressupondo-se que estaria embasada no art. 16, §2º da Lei Orgânica deste Tribunal.

26. O segundo pronunciamento desta Unidade Técnica invocou o art. 964 do Código Civil como argumento da solidariedade. Segundo a Construtora, com esse fundamento “o dever de ressarcir não mais decorreria das normas legais inseridas na competência do TCU, porém da aplicação de norma de direito civil aplicável a contratos”. Sobre esse novo entendimento, alega que não teve oportunidade de se pronunciar.

27. De acordo com o Parecer do Ministério Público, a solidariedade decorreria não da Lei Orgânica do TCU, nem tampouco do art. 964 do Código Civil, mas do art. 1518 do mesmo Código, que prevê a solidariedade por ato ilícito.

28. Dessa forma, a Construtora invoca o princípio da ampla defesa e do devido processo legal para o direito de manifestar-se acerca do fundamento legal utilizado para caracterizar a sua responsabilidade solidária.

29. Segundo a defesa, a solidariedade de terceiros com a Administração, “inaugurada pela Lei nº 8.443/92”, não poderia aplicar-se a contratos e atos anteriores a sua vigência. Admiti-lo seria atentar-se contra a lógica e contra o bom senso, além de demonstrar o desconhecimento desse instituto, de caráter excepcional (grifos originais).

30. Trouxe, assim, diversas colações em que se afirma o caráter excepcional do instituto, que não pode ser presumido, mas decorre da vontade inequívoca das partes ou de mandamento legal.

31. No caso analisado, observou, a única lei a disciplinar o assunto seria a Lei Orgânica do Tribunal, cujo início de vigência se deu após os fatos aqui tratados, não podendo, portanto, ser aplicada retroativamente. Considerando isso, insinuou que o Parecer desta Secretaria decorreria não de um entendimento técnico, mas de um desejo, de uma vontade: “a autoridade encarregada da instrução quer porque quer que a Lei nº 8.443/92 retroaja, contra o mais basilar dos princípios constitucionais”.

32. Afirmou, ainda, que a Unidade Técnica procurou escamotear essa “vontade” ao se pronunciar pelo caráter instrumental dessa Lei, conforme transcreve-se abaixo:

“Obviamente, a Unidade Técnica não poderia dizer isso com palavras tão singelas. Assim, enveredou pela tese de que o Art. 16 trata apenas de matéria de

processo e não de direito material, aplicando-se, portanto, aos processos já constituídos”.

33. Assim, segundo a OAS, esta Unidade Técnica, ao admitir o caráter instrumental da Lei nº 8.443/92, e entender a solidariedade como decorrente do art. 964 do Código Civil, passou a tratar o instrumento não como exceção, mas como regra.

34. Após expor o conteúdo do art. 16, § 2º da multicitada Lei Orgânica, a defesa da OAS conclui pela tese de que não se trata de norma instrumental, mas de direito material, disciplinando o instituto da solidariedade no âmbito desta Corte.

35. Em seguida, a defesa passou a combater a aplicação do art. 71, inciso II, da Constituição Federal, como a regra de direito material aplicável ao caso. Segundo a Construtora, posto que se trata “de norma definidora da competência do Tribunal de Contas da União para ‘julgar (...) as contas daqueles que deram causa a perda, extravio, ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público’ (grifos originais).

36. Entende, porém, que, dessa norma constitucional, “não se infere, nem decorre automaticamente que ao terceiro que, em conjunto com o administrador, cause dano ao erário, seja imposta a solidariedade. Esta somente poderia existir em razão de ato ilícito, como previsto no art. 1518 do Código Civil – tardamente invocado pela douta Procuradoria. Mas, como se verá adiante, não houve prova de culpa da empresa que, segundo o art. 159 do CC, decorre de ‘ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência’ “ (grifos originais).

37. Segundo a Construtora, o art. 964 do CC por tratar genericamente do dever de devolver o indébito é inaplicável ao caso. Tampouco a aplicação do art. 1518 do mesmo Código seria viável, uma vez que “implica na tentativa de transformar o que, no máximo, seria uma questão circunscrita a matéria contratual, em dever de reparação por ato ilícito, que com aquela jamais se confunde”.

38. Desse modo, assinalou a defesa que “o suposto débito, (...), tem a ver com método de reajustamento de preços – matéria que se insere por inteiro no campo da responsabilidade contratual”, rechaçando a responsabilização extracontratual, que segundo a doutrina de Orlando Gomes e Caio Mário, decorre da violação de norma jurídica de direito privado, sendo que o ônus da prova deve caber ao autor da reclamação.

39. Enfim, segundo a OAS, não ficou demonstrada a solidariedade, como seria exigível para a responsabilização por ato ilícito, uma vez que “em nenhum momento desta Tomada de Contas Especial foi alegada ou insinuada – e muito menos provada – a existência de conluio, ou seja, do concurso da empresa contratada para a prática de ato ilícito. E nem bastaria a simples alegação, posto que o conluio há de ser provado por quem alega a sua existência” (grifos originais).

Sobre o mérito do reajustamento de preços praticado

40. No que tange ao mérito da citação, a defesa iniciou lembrando a posição adotada pelo Ministro-Revisor, que entendeu que tanto a fórmula do edital

quanto a do contrato eram inaptas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que seriam válidas apenas em um cenário sem inflação.

41. De acordo com a Construtora, “uma possível justificativa para o equívoco do Edital é que a expectativa das partes, à época do Edital e do contrato, era de **estabilidade** do processo inflacionário, tendo em vista serem contemporâneos do plano de estabilização conhecido como **Collor-II**” (grifos originais).

42. Esse descompasso entre a fórmula do edital e a realidade teria resultado um prejuízo de até 30%, segundo a OAS.

43. Em seguida, a defesa procurou mostrar que o princípio da imutabilidade do edital, em que se baseou o voto vencedor, segundo seu entendimento, não deve ser considerado de forma absoluta, sem qualquer exceção. Para tanto, passou a comentar os Pareceres dos juristas Celso Antônio Bandeira de Mello (fls. 28/58, Vol. V) e Marçal Justen Filho (fls. 60/129, Vol. V), juntados aos autos.

44. Segundo Bandeira de Mello, o reajuste efetivamente praticado “não implicou pagamento a maior em proveito da Consulente, sendo perfeitamente impróprio qualificá-lo como superfaturamento ou daí depreender pagamento indevido”.

45. Ainda, conforme o doutrinador, a mudança efetuada, além de correta, era obrigatória, ante a necessidade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

46. A exemplo da defesa apresentada pelo Sr. Ettore Labanca, a Construtora OAS também faz menção ao julgado do Tribunal que considerou legítima a inclusão de cláusula de reajustamento (fator K) em contratos, contra a ausência de previsão editalícia. Citou então trecho do Parecer do mestre Celso Antônio utilizado naquela ocasião pela parte interessada, do qual extraímos trechos que evidenciam o seu pensamento:

“É evidente, pois – e é de solar evidência – que se a aplicação de cláusula de reajuste não cumprir esta função estará radicalmente desvirtuada, violada em sua essência, pois não terá tido o préstimo para o qual é concebida e estipulada e terá, então, de ser modificada para atender ao fim que lhe é próprio, até porque, se outro for o seu significado, haverá aportado a resultado proibido, ilícito.

(...)

Deveras, o que importa, obviamente, não é a ‘aparência’ de respeito ao valor expressivo da equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada valeria homenagear a forma quando se agrava o conteúdo ... “

47. Já o Parecer de Marçal Justen Filho procura demonstrar que o caso em apreço reduz-se a uma contradição de princípios jurídicos que traz no seu bojo um conflito de valores, onde a realização integral de um implica a negação completa do outro.

48. Segundo o renomado jurisconsulto, o ordenamento jurídico contempla inúmeros princípios, significando dizer que cada um deles deve ser considerado na solução de um caso concreto, ou seja, há que se interpretá-los de forma sistemática.

*Dessa maneira, a solução do caso apresentado deve passar pela aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, os valores em disputa devem ser ponderados, de forma que a solução encontrada os realize na melhor proporção, da forma mais compatível.*

*49. Na busca dessa ponderação, o autor passa a discorrer sobre os dois princípios colidentes: o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e o da vinculação do contrato a seu edital.*

*50. Quanto ao primeiro, Justen Filho, procurou traçar sua evolução e expor o seu significado, ressaltando sempre a necessidade da justa recomposição dos preços inicialmente pactuados, garantindo, de um lado, o interesse do particular e, de outro, evitando que custos relativos a eventuais quebras desse equilíbrio passem a ser embutidos nos preços contratados, onerando futuras contratações da Administração.*

*51. No que tange ao segundo, o autor afirma que a expressão que informa ser o edital a lei da licitação deve ser vista com cautela, haja vista que se trata de um ato administrativo e como tal não é dotado de efeitos próprios de atos legislativos. Segundo o jurista: “A força obrigatória das regras editalícias deriva de inúmeros princípios constitucionais, entre os quais podem indicar-se o devido processo administrativo, a objetividade e a moralidade da atuação administrativa”.*

*52. Marçal Justen procurou mostrar ainda o caráter instrumental do princípio de vinculação do contrato ao edital, afirmando que essa regra “em si mesma, nada significa e nenhum valor realiza”. Caso assim não o fosse, o resultado seria a vedação absoluta a qualquer discrepância entre o estabelecido no edital e o constante no contrato, o que na prática não ocorre. A regra, segundo a doutrina, é a da mutabilidade dos contratos, como ocorre, por exemplo, nos casos de conveniência e oportunidade por parte do poder público. Dessa forma, tal princípio não é autônomo e absoluto, devendo ser conformado quando presentes determinados requisitos e peculiaridades, observou o jurista.*

*53. O autor entendeu por legítima a alteração promovida pelas partes contratantes, uma vez que se destinou a recompor o equilíbrio econômico-financeiro existente no momento da contratação, abalado pelos índices inflacionários observados a partir de então. Assim, foram respondidas as três questões que lhe foram oferecidas pela Construtora OAS:*

“

*a) é juridicamente possível adotar fórmula de reajustamento contratual diversa daquela prevista no edital e no contrato? Resposta: Sim, desde que a fórmula contratual se revele inadequada para assegurar a manutenção da equação econômico-financeira do contrato administrativo.*

*b) o princípio da vinculação do contrato ao edital impede a modificação de cláusulas de reajustamento contratual? Resposta: Não, o princípio da vinculação do contrato ao edital não impede a modificação de cláusulas contratuais. Admite-*

se a modificação, dentre outros motivos, nos casos de recomposição da equação econômico-financeira do contrato.

c) No caso concreto, houve irregularidade na conduta da Administração Pública, ao adotar índices atualizados para o reajustamento dos preços contratuais? Resposta: Não, eis que a fórmula prevista no edital tomara em vista a previsão de estabilidade no ritmo inflacionário. Com a elevação abrupta da inflação, adotou-se solução cabível, consistente em considerar os índices contemporâneos à data do reajuste e se afastando a incidência de índices defasados.”

#### **DA ANÁLISE TÉCNICA DAS DEFESAS APRESENTADAS:**

54. Dado que as defesas apresentadas tanto pela Construtora OAS Ltda. quanto pelo Sr. Ettore Labanca coincidem quanto ao mérito da irregularidade e que a ambos aproveita o presente parecer técnico, optamos por analisá-las conjuntamente, o que se fará adiante.

55. Antes, contudo, analisaremos a argüição preliminar de parte da Construtora OAS Ltda. quanto a suposto cerceamento de defesa sofrido quando esta Corte decidiu considerá-la responsável solidária, juntamente com o Sr. Ettore Labanca, nas irregularidades praticadas.

#### **Análise da Preliminar de Cerceamento de Defesa Levantada pela OAS**

56. Conforme já exposto, a Construtora OAS defende-se quanto a sua responsabilização solidária alegando que os atos praticados se deram em data anterior à vigência da Lei nº 8.443/92 e que a sua citação se deu com fulcro no art. 12, II dessa Lei, conforme Parecer desta Unidade Técnica à fls. 141/149, o que caracterizaria a sua aplicação a fatos que lhe são pretéritos.

57. Essa preliminar foi levantada inicialmente já nas razões de justificativa apresentadas em resposta ao Ofício de Citação SECEX/PE nº 455/97 (fl. 154). Na ocasião, esta Unidade Técnica pronunciou-se afirmando que a citação com fulcro na Lei nº 8.443/92 era ato de natureza processual, portanto, válida, dado o princípio de direito processual “tempus regit actum”. Assim, citando a competência constitucional do TCU insculpida no art. 71, inciso II, e a disposição do art. 964 do Código Civil, segundo a qual “Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”, esta Secretaria entendeu como legítima a citação solidária da Construtora, rejeitando, portanto, a preliminar.

58. Ouvido o Ministério Público, este posicionou-se no sentido de que “não pairam dúvidas quanto à competência do TCU para apreciar as contas de terceiros que venham causar dano à União”, frisando: “Note-se: o que estabelece a jurisdição do TCU sobre o presente caso e sobre a contratada não é a Lei nº 8.443/92, mas a Constituição Federal”. A Tomada de Contas Especial, seria o **procedimento** para apurar a ocorrência de dano ao Erário. Uma vez constatado o débito, a jurisdição do TCU decorre da Constituição Federal.

59. Dado que o Decreto-lei nº 199/67, vigente à época, não tratava da solidariedade de terceiros com a Administração, deve-se recorrer-se,

*subsidiariamente, ao Código Civil, mais precisamente ao art. 1518, que assim versa:*

*“Art. 1518. 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.”*

*60. Dessa maneira, concordando com o entendimento desta Unidade Técnica quanto à fundamentação da citação com base na lei processual do seu tempo, no caso a Lei nº 8.443/92, o MP/TCU pronunciou-se pela rejeição da preliminar argüida.*

*61. O Ministro-Relator, Bento José Bugarin, em seu Voto, manifestou-se de acordo com o entendimento esposado pelo Ministério Público, acolhendo a proposta de rejeição da preliminar.*

*62. Uma vez que o Ministro-Revisor, Adhemar Paladini Ghisi, em seu Voto Revisor, não fez qualquer retoque aos pronunciamentos do Ministério Público e do Ministro-Relator quanto à rejeição da referida preliminar, percebe-se que tal rejeição se deu de forma unânime por esta Corte.*

*63. A mudança, entretanto, da fundamentação da regra de Direito Civil utilizada subsidiariamente para suprir a lacuna normativa, do art. 964 para o 1.518 do Código Civil, serviu de ensejo para a OAS, mais uma vez inconformada com a sua responsabilização solidária, levantar nova preliminar a respeito.*

*64. Alega a Construtora que, ante a ausência de norma de direito público que regule a matéria - uma vez que só com a edição da citada norma “inaugurou-se” o tema “responsabilidade solidária” no âmbito do TCU – a mesma há de ser tratada **inteiramente** dentro do campo do direito privado, ante a impossibilidade de atribuir-se efeitos retroativos à Lei Orgânica do Tribunal.*

*65. Assim, entende a OAS que, para sua responsabilização solidária, com fulcro no art. 1.518 do Código Civil, deveria restar configurada sua responsabilidade aquiliana, extra-contratual, com a manifesta prova de que agiu com culpa e em conluio com a Administração, citando o art. 896 do Código Civil: “A solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes”. Em suma, não houve, segundo a OAS, prova de prática de ato ilícito que configure sua culpa, o que impediria a aplicação do art. 1.518 do Código Civil ao caso em apreço.*

*66. Para subsidiar a presente análise, servimo-nos dos ensinamentos do Prof. Francisco Amaral acerca das responsabilidades contratual e aquiliana (in “Direito Civil Introdução”, 3ª ed.):*

*“A responsabilidade contratual resulta de ilícito contratual (não cumprimento ou cumprimento defeituoso de obrigação pré-existente, e a extracontratual, aquiliana ou delitual, resulta de um ilícito extracontratual (violação de deveres gerais de abstenção pertinente aos direitos absolutos). A primeira decorre da violação de direitos subjetivos relativos, com a infração de um*

*dever especial, enquanto a aquiliana nasce da ofensa a direitos subjetivos absolutos, com a infração de um dever geral de observância.”*

67. *O autor informa ainda que: “Se o direito lesado é absoluto, a responsabilidade é extracontratual ou aquiliana, por influência da Lex Aquilia, que fixou a culpa como fundamento do dever de indenizar. (...) O Código Civil brasileiro também consagra a distinção da responsabilidade civil em extracontratual ou aquiliana, regulando esta nos arts. 159, 1.518 e segs. e 1.537 e segs., e aquela nos arts. 1.056 e 1.064, e 955 a 963, fazendo, todavia, concessão à teoria mista que identifica, em ambas, elementos comuns.”*

68. *Com relação à principal distinção entre esses tipos, Francisco Amaral afirma: “A culpa pode ser contratual, se o dever violado nasce de um contrato (CC, art. 1.056), e extracontratual ou aquiliana, quando consiste na violação de dever geral que todos têm de respeitar (CC, art. 159). A distinção importa no ônus da prova. Na contratual, demonstrado pelo credor o inadimplemento, o devedor é que tem de provar a inexistência de culpa, a ocorrência de caso fortuito, força maior ou outra excludente de responsabilidade. O ônus da prova é do devedor. Na culpa aquiliana, cabe à vítima provar a culpa do agente causador do dano”.*

69. *Vê-se, pois, que, em Direito Privado, a responsabilidade solidária imputada com base no art. 1.518 do Código Civil decorre de prática de ato ilícito. A noção de ilicitude, entretanto, em Direito Civil não é ampla, mas reduzida ao disposto no art. 159 do Código Civil (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”).*

70. *A aplicação de normas de Direito Civil subsidiariamente às de Direito Administrativo deve-se dar na exata medida da lacuna a ser preenchida, tomando-se o cuidado de não se olvidarem os princípios básicos informadores deste Ramo. Afinal, a norma pinçada do Direito Privado será aplicada no que couber, e desde que se mostre compatível com os demais princípios informadores do Ramo a que vem subsidiar.*

71. *Dessa forma, por exemplo, é inaceitável a alegação de que o ônus da prova da responsabilidade solidária deve recair sobre a Administração Pública e não sobre a Construtora, ante a ponderação dos bens jurídicos tutelados.*

72. *Discutir-se-á adiante, em tópico específico, o mérito da irregularidade praticada, porém, lembremos que a irrisignação da Construtora se deu ante o seu chamamento ao processo para apresentar razões de justificativa – que resultaram rejeitadas pelo TCU, conforme a Decisão Plenária nº 485/2000. Dessa forma, entendemos legítima a citação da Construtora OAS Ltda., ante os indícios de irregularidades presentes nos autos àquele momento, que acabaram por consolidar-se após a apresentação das defesas dos responsáveis.*

73. *A citação, no âmbito do Tribunal, representa uma oportunidade de defesa, ante a constatação de um débito ao Erário e do nexo de causalidade entre esse débito e a conduta do agente responsabilizado. Trata-se, entretanto, de uma*

*responsabilização juris tantum, uma vez que, com a oportunidade de defesa, podem ser trazidos aos autos elementos que elidam a responsabilidade preliminarmente apontada, restando regulares, com ou sem ressalvas, as contas do agente.*

*74.No caso em análise, não há o que se discutir quanto à participação conjunta da Construtora OAS Ltda. e do Sr. Ettore Labanca na irregularidade de que resultou o pagamento indevido de correção monetária em desacordo com as cláusulas estabelecidas no edital e no contrato. De um lado, temos a apresentação de Notas Fiscais com valores de reajustamento calculados a maior, e, de outro, a conduta do Sr. Ettore Labanca, então Prefeito do município de São Lourenço da Mata, em ordenar os referidos pagamentos.*

*75.Quanto à irregularidade apontada, temos que a mesma se caracteriza como ato ilícito, uma vez que tal pagamento, como restará configurado adiante, decorreu de infração direta ao art. 50, parágrafo único, do Decreto-lei nº 2.300/86, além de contrariar os princípios da legalidade e publicidade constantes do art. 37 da Constituição Federal, significando a transgressão a um dever geral de obediência oponível a todos os que fazem a Administração Pública.*

*76.Assim, como ficará demonstrado adiante, é clara a ilicitude do pagamento efetuado, assim como é clara a participação da Construtora nele. Portanto, legítima a responsabilização solidária da Construtora OAS Ltda. com base, subsidiariamente, no art. 1.518 do Código Civil, e a conseqüente citação com base na Lei nº 8.443/92, dado o princípio tempus regis actum.*

*77.Ademais, afirmar que a citação solidária, quanto a atos praticados antes da Lei nº 8.443/92, só poderia ser feita pelo Tribunal após absolutamente comprovada a participação do agente, restando apenas ao acusado oferecer eventual alegação de ocorrência de uma excludente de culpabilidade (caso fortuito, força maior, legítima defesa, por exemplo), importaria reconhecer como ilegítimas inúmeras citações realizadas por esta Corte, além de representar um grave limitação à jurisdição desta Corte, incompatível com o interesse público tutelado, colocando-o em posição de igualdade com o interesse privado, o que, ao nosso entendimento, é inadmissível.*

*78.Rejeita-se, pois, novamente, a preliminar trazida pela Construtora OAS Ltda. contra sua responsabilização solidária com o Sr. Ettore Labanca.*

*Análise do mérito dos elementos trazidos pelos responsáveis solidários*

*79.Uma vez que, quanto ao mérito, as defesas apresentadas aproveitam a ambos os responsáveis solidários, vamos aqui analisá-las conjuntamente.*

*80.De início, destacamos que nenhum fato novo é trazido pelos responsáveis que importe em uma revisão da Decisão nº 485/2000, quanto à rejeição de alegações de defesa. Tampouco há qualquer incorreção material no referido decismum, de forma que consideramos o mesmo irretocável.*

*81.Como dissemos, os argumentos trazidos pelos responsáveis são os mesmos já analisados quando do julgamento de suas alegações de defesa. A Construtora OAS Ltda., de novidade, traz o Parecer do eminente jurista Marçal Justen Filho,*

*uma vez que o Parecer formulado pelo célebre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, também juntado na peça que ora se analisa, já havia sido juntado aos autos, em 19.04.2000 (fls. 204/237), e, portanto, devidamente tomado em consideração quando da apreciação da matéria pelo Plenário desta Corte, na Sessão de 14.06.2000.*

*82.As duas defesas coincidem quando reclamam que o pagamento a maior realizado pela Prefeitura e recebido pela Construtora decorreu da necessidade do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que a cláusula estabelecida no edital, que já divergia da constante no contrato, não se mostrou apropriada, àquele momento, para restabelecer as condições financeiras inicialmente pactuadas.*

*83.Entendem, pois, que, no caso, houve uma alteração contratual imposta pela necessidade de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ademais, segundo os responsáveis, esse pagamento a maior não representaria um plus, haja vista que, conforme é pacífico na doutrina e jurisprudência, o pagamento a título de correção monetária não representa um aumento nos preços pactuados, mas apenas a adequação de seus valores nominais aos valores reais inicialmente acordados.*

*84.Apesar de o contrato e edital preverem cláusulas de reajustamento de preços em razão da variação de índice inflacionário, sustentam os responsáveis que tais cláusulas se mostraram inadequadas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, o que tornou premente e imperiosa a adequação do contrato.*

*85.O ilustre Professor Marçal Justen Filho chegou a invocar, com propriedade, o princípio da proporcionalidade na interpretação dos princípios de vinculação do instrumento contratual ao respectivo edital e de equilíbrio econômico-financeiro, demonstrando que o primeiro não é absoluto, antes, relativo, devendo ser interpretado sistematicamente à luz dos demais princípios em conflito. Assim, entendeu legítima a alteração realizada, haja vista que o pagamento decorrente não implicou pagamento indevido, a maior, mas, tão-somente, parcela de recomposição de preços subtraída em virtude da inadequação das cláusulas presentes no edital e contrato para a manutenção do referido equilíbrio econômico e financeiro.*

*86.Interessante notar que as posições doutrinárias trazidas na defesa dos responsáveis são, em tese, perfeitas, como seria de se esperar de tão ilustres mestres. Porém, ante os elementos do caso concreto analisado, mostram-se a ele inaplicáveis.*

*87.De início, lembramos que não houve qualquer formalização da alteração contratual tão proclamada pelos responsáveis. Não há sequer um bilhete de solicitação ou de reclamação quanto às cláusulas de reajuste inicialmente pactuadas. Tampouco há justificativas, à época dos fatos, sobre as razões do pagamento em desconformidade com o edital e contrato.*

88. Ora, como se sabe, ante o princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos, é **nulo** qualquer contrato verbal com a Administração. Isso implica também dizer que é nula qualquer alteração contratual verbal realizada com a Administração. Esse simples argumento já seria suficiente para caracterizar o pagamento indevido, ante a ausência de cobertura contratual.

89. Note-se que não se está aqui discutindo a legitimidade, em tese, de uma eventual alteração contratual para que seja restabelecido o equilíbrio financeiro de um contrato, mas a necessidade a priori dessa alteração contratual de forma a legitimar qualquer pagamento que se faça decorrente dessa nova avença.

90. Como bem lembrou o ilustre mestre Marçal Justen Filho, há que se invocar o princípio da proporcionalidade – o chamado “princípio dos princípios” nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho – quando a aplicação integral de um princípio resultar na anulação da eficácia de um outro princípio jurídico. Dessa forma, além dos princípios já comentados de vinculação do contrato ao edital e do equilíbrio econômico-financeiro, vê-se que o caso em questão ainda envolve os princípios que regem a Administração Pública, incrustados no art. 37 da Constituição Federal, quais seja, o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade e o da eficiência dos atos administrativos.

91. Esses princípios visam resguardar o interesse de toda a sociedade, sendo de tal forma a desproporção entre os bens jurídicos tutelados pela Administração em relação ao particular que os tornam verdadeiros mandamentos para o administrador.

92. O caso em exame, portanto, há de ser analisado segundo a ótica de todos os princípios que lhe circundam e não apenas dos dois princípios elencados pelo insigne Professor.

93. Pelo princípio da legalidade, é defeso ao administrador praticar atos não respaldados na legislação. Assim, qualquer pagamento efetuado pela Administração sem a correspondente cobertura contratual representa um ato irregular, e o pagamento, conseqüentemente, indevido. Vê-se, então, que, para fundamentar um dado pagamento, a alteração contratual deve ser prévia ao mesmo.

94. Contudo, para alterar-se um contrato administrativo há que, novamente, observarem-se os princípios previstos no artigo 37 do texto constitucional. Assim, o princípio da legalidade informa sobre o que pode e, por exclusão, sobre o que não pode versar a alteração contratual.

95. O princípio da publicidade, por sua vez, atua com vistas a permitir o controle pela sociedade dos atos do administrador. Assim, atua como condição de eficácia e muitas vezes de validade do próprio ato.

96. Esses dois princípios dão condições para que os demais princípios (moralidade, impessoalidade, eficiência) também se realizem, ou seja, para que o ato seja legítimo, não atentando contra a moralidade; impessoal, sem implicar qualquer favorecimento em detrimento de outrem; e eficiente, de forma que os

recursos públicos sejam gastos da forma que proporcione a melhor relação custo-benefício, significando fazer mais com menos.

97. O caso ora analisado atenta, em especial, contra dois desses princípios: o da legalidade e o da publicidade.

98. O contrato firmado entre a Construtora OAS Ltda. e a Prefeitura Municipal de São Lourenço da Mata foi assinado em 1991, como pode ser observado às fls. 26/38, Vol. III, portanto, sob a égide do Decreto-lei nº 2.300/86. Ora, diz o art. 50 desse diploma legal:

“Art.50 Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, que manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento público, de tudo juntando-se cópia no processo que lhes deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento. “ (grifos nossos).

99. Não é concebível que eventual restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato, seja por inclusão, seja por alteração de cláusula de reajuste existente, se dê sem que seja formalizado o respectivo Termo Aditivo, como ocorreu no presente caso.

100. Os próprios julgados desta Corte trazidos à colação pelos responsáveis, tais como os que versaram sobre o célebre “Fator K”, dizem respeito à alteração formal dos contratos, não servindo para dar respaldo ao procedimento efetuado pelos responsáveis.

101. Permitir que, a título de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, possa ser o mesmo alterado verbalmente, como no caso em apreço, seria atribuir um peso tamanho a tal princípio jurídico que o faria sobrepor os demais princípios que regem a Administração Pública, colocando o interesse privado em posição privilegiada em relação ao interesse público, o que é um contra-senso.

102. Até aqui procuramos demonstrar a nulidade da alegada alteração contratual - por haver sido realizada verbalmente - e a conseqüente ausência de cobertura contratual para o pagamento a maior realizado. Com o pagamento indevido, ficou caracterizado, então, o dano ao Erário.

103. Porém, apenas para que não se venha alegar que tratou-se de falha de caráter meramente formal, e não de uma agressão direta à legislação que rege a espécie e aos princípios constitucionais da legalidade e da publicidade, vamos procurar evidenciar, outrossim, que não é cabível a alegação de quebra do equilíbrio econômico-financeiro, por ocorrência de álea extraordinária que fundamentaria a necessidade de uma alteração contratual.

104. De início, cabe registrar que tanto o contrato como o edital já previam cláusula de reajustamento dos preços contratados, de forma a manter o equilíbrio

*inicialmente pactuado. Como, entretanto, essas cláusulas divergiam entre si, entendeu-se válido aplicar ao contrato as regras contidas no edital, até mesmo, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.*

*105. Alegam os responsáveis que tal contrato foi firmado sob os auspícios do Plano Collor II, razão pela qual a expectativa geral era de estabilidade prolongada de preços, o que tornaria razoável a cláusula de reajuste acatada de utilizar-se um índice inflacionário defasado em dois meses.*

*106. Segundo os responsáveis, o insucesso do referido plano econômico, contra as expectativas gerais, e a conseqüente elevação dos índices inflacionários, representou, assim, a álea extraordinária que rompeu o equilíbrio econômico-financeiro, surgindo daí, a imperiosa necessidade de restabelecê-lo, o que acabou por se fazer, sem qualquer registro escrito, como já afirmamos.*

*107. O plano Collor II, implantado em 1991, foi o **sexto** plano econômico imposto ao País naqueles últimos cinco anos. Antes dele foram editados: a) Plano Cruzado, em fev/1986; b) Plano Cruzado II, em nov/1986; c) Plano Bresser, em jun/1987; d) Plano Verão, em jan/1989; e) Plano Collor, em mar/1990.*

*108. À época do edital e contrato, portanto, o País apresentava uma média de mais de um Plano econômico por ano, sendo que o Plano Collor II foi lançado poucos meses após o insucesso Plano Collor original.*

*109. Considerando o curriculum pátrio em termos de pacotes econômicos, qualquer alegação, à época, de confiança em estabilidade definitiva de preços a ponto de se acatar cláusula de reajuste que utilizava índices inflacionários defasados em dois meses, é de uma ingenuidade inescusável, incompatível com uma empresa que explora atividade econômica e insuficiente para caracterizar fato extraordinário, imprevisível à parte no momento do aceite de tal dispositivo.*

*110. A ascensão inflacionária que se deu já a partir de março/91 comprova a fragilidade da argumentação de confiança plena na estabilidade de preços, haja vista que é de memória geral que o Plano Collor II foi editado já sob descrença da população.*

*111. Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre a álea extraordinária (in “Direito Administrativo”, 9ª edição):*

*“Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, **imprevisível** e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.*

*(...)*

*No entanto, é certo que o Decreto-lei nº 2.300 incorporou, implicitamente, em seu texto, a aplicação da teoria da imprevisão, ao permitir a alteração do contrato, por acordo das partes para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a*

manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato' (art. 55, II, 'd').

(...)

Aliada essa norma aos princípios já assentes em doutrina, pode-se afirmar que são requisitos para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja:

1. **imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas conseqüências:**
2. estranho à vontade das partes;
3. inevitável;
4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

**Se for fato previsível e de conseqüências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária:** ... “ (grifamos).

112.A álea extraordinária, como o próprio nome refere, não é fato ordinário, previsível, mas uma situação atípica que, surpreendendo as partes, desloca o equilíbrio econômico e financeiro existente no contrato. Como fato extraordinário, a alteração contratual que se lhe decorre é também singular, devendo ser cercada dos cuidados necessários, de modo a deixar registrada e caracterizada a sua ocorrência e impactos no contrato, necessitando, assim, que seja devidamente comprovada e que a alteração contratual a ser adotada será a que melhor restabeleça o equilíbrio original do contrato, podendo envolver, inclusive, mudança do próprio indexador do contrato.

113.Como já afirmamos antes, nenhum cuidado tomou o Administrador e a Construtora para deixar qualquer registro da negociação realizada para o alegado restabelecimento do equilíbrio do contrato. Além disso, como já mostrado, a alegação a posteriori, já em sede desta Tomada de Contas Especial, de que houve uma ascensão inflacionária imprevisível, não merece prosperar ante a experiência nacional, à época, de seis planos econômicos malfadados nos últimos cinco anos.

114.Em suma, temos por descaracterizada a ocorrência da álea extraordinária e, portanto, irregular, se nula não o fosse, a alteração contratual alegada.

#### **Do pagamento a maior relativo ao item “Mobilização”**

115.Ficou demonstrado nos autos que o Sr. Ettore Labanca descumpriu os artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64 ao efetuar o pagamento integral das despesas relativas ao item “Mobilização”, quando, sabidamente, tal despesa incorreu apenas em parte.

116.Apesar de existir flagrantemente um dano ao Erário, o seu montante não pôde ser precisado, uma vez que haveriam de ser deduzidas da parcela integralmente – e indevidamente - paga as despesas efetivamente incorridas relativas ao item. Assim, não sendo possível determinar-se o montante do débito, restaria a aplicação de multa ao responsável pela irregularidade praticada.

117. Ocorre, entretanto, que os atos de gestão ora analisados se deram durante a vigência do Decreto-lei nº 199/67, que não prevê a aplicação de multa concomitante com a imputação de débito.

118. Considerando que estamos propondo neste trabalho que o responsável seja considerado em débito com o Tesouro, juntamente com a Construtora OAS Ltda., pelo pagamento a maior de correção monetária, realizado sem qualquer cobertura contratual, entendemos não ser possível a aplicação simultânea de multa ao Sr. Ettore Labanca pelo pagamento a maior relativo ao item “Mobilização”, em que pese tratem-se de atos de gestão distintos.

119. O fato, porém, de que não se lhe impute agora tal penalidade, não significa, em nossa opinião, que tal medida não possa mais vir a ser proposta. Isso, porque na hipótese de um eventual acatamento de recurso futuro contra a condenação que ora se propõe, este se tornaria eficaz não apenas contra a decisão recorrida, mas também contra outro ato manifestamente irregular cuja medida punitiva restou contida, ante a existência de uma penalidade maior, o que seria um contra-senso.

120. Dessa forma, eventual descaracterização futura do débito há de implicar o retorno da proposta de aplicação de multa em decorrência do pagamento a maior do item “Mobilização”, por infração aos artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64.

121. Por fim, dado que, por intermédio da Decisão nº 485/2000, as alegações de defesa dos responsáveis foram rejeitadas pelo Tribunal; e considerando que os elementos trazidos pelos responsáveis não trazem em seu bojo qualquer fato novo que merecesse nova apreciação por parte desta Corte para retificar, assim, a referida Decisão, propomos que as contas dos responsáveis solidários, Sr. Ettore Labanca e Construtora OAS Ltda., sejam julgadas irregulares e condenados os mesmos ao débito dos valores pagos a maior, indevidamente a título de correção monetária, nos valores originais de Cr\$ 84.697.729,20 (oitenta e quatro milhões, seiscentos e noventa e sete mil, setecentos e vinte e nove cruzeiros e vinte centavos) e Cr\$ 38.120.701,20 (trinta e oito milhões, cento e vinte mil, setecentos e um cruzeiros e vinte centavos), efetuados, respectivamente, em 26.11.1991 e 15.01.1992

## **CONCLUSÃO**

122. Diante de todo o exposto e considerando que:  
por meio da Decisão nº 485/2000 do Plenário desta Corte, foram rejeitadas as alegações de defesas dos responsáveis e fixado novo e improrrogável prazo para o pagamento do débito que lhes foi imputado;

a) decorrido o prazo fixado, os responsáveis não recolheram aos cofres públicos a quantia devida;

b) foram juntados aos autos novos argumentos de defesa que foram analisados e rechaçados na presente instrução, não havendo qualquer fundamento para a retificação da referida Decisão, em virtude de:

i) a preliminar de cerceamento de defesa argüida presentemente pela Construtora OAS Ltda. quanto a sua responsabilização solidária é, em nosso entendimento, improcedente;

ii) quanto ao mérito, os argumentos trazidos agora pelos responsáveis solidários não apresentam qualquer fato novo, limitando-se a repetir considerações já apreciadas por esta Corte e que, analisadas, foram novamente repelidas nesta instrução;

submetemos os autos à consideração superior, para propor, com fulcro nos artigos 1º inciso I; 16, inciso III, alínea “c”; 19 e 23, III, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 165, alínea “a” do Regimento Interno:

a) sejam julgadas **irregulares** as contas dos responsáveis solidários Sr. Ettore Labanca e Construtora OAS Ltda.;

b) sejam os referidos responsáveis considerados débito pelas quantias abaixo relacionadas, fixando-se-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para comprovar perante este Tribunal, o recolhimento dos referidos valores aos cofres do Tesouro Nacional, acrescidas da atualização monetária e dos juros de mora devidos, contados a partir das respectivas datas indicadas, até o dia do efetivo pagamento, nos termos da legislação em vigor:

<i>Data</i>	<i>Valor Original</i>
26.11.1991	Cr\$ 84.697.729,20 (RDWHQWD H TRDWPICK}HV, VHDV\FHQWRV H QRYHQWD H VHW,HW\FHQWFHQWRV H YIQWH HKQREM HUYIQWH FHQWDYRV)
15.01.1992	Cr\$ 38.120.701,20 (WQWD H RDWR RQV, FQWR H YIQWH PLO VHWHFHQWRV HXV\FHQWRV H YIQWH FHQWDYRV)

c) seja autorizado, desde já, a cobrança judicial da dívida, em caso de não recolhimento do débito no prazo indicado;

d) seja encaminhada ao Ministério Público da União cópia da decisão que vier a ser proferida por esta Corte, bem como do Relatório e Voto que a fundamentaram, com vistas a verificar a conveniência da adoção das medidas de sua competência previstas no art. 16, §3º, da Lei nº 8.443/92.”

12. A Srª Secretária em Substituição manifestou concordância com a proposta do Sr. Analista.

13. O Ministério Público, por meio de seu douto representante Marinus Eduardo De Vries Marsico, após historiar as ocorrências mais relevantes inerentes ao presente feito, assim pronunciou-se:

“As lúcidas e pertinentes considerações tecidas no novo parecer instrutório de fls.264 a 282 demonstraram que as novas argumentações produzidas pelos responsáveis não acrescentaram informações suplementares capazes de modificar o entendimento manifestado por ocasião do exame das alegações de defesa e das razões de justificativa.

*Posto isso, aquiescemos à conclusão alvitrada pela Unidade Técnica quanto à irregularidade destas contas e existência de débito solidário por parte dos responsáveis, bem como em relação às demais providências alvitradas nas alíneas “c” e “d” de fls. 282. Alinhamo-nos também à proposta alternativa implícita no parecer técnico (itens 115 e seguintes) tendente a cominar multa ao ex-Prefeito no caso de o Tribunal deixar de imputar o débito sugerido, sugestão essa não expressada na conclusão da instrução em virtude de o Decreto-lei nº 199/67, vigente à época dos fatos, não prever a simultaneidade de condenação em débito e aplicação de multa.*

*É de se ver, outrossim, que a obra versada no presente processo - construção e equipagem de Hospital Regional - fez uso, além dos recursos federais repassados pelo Inamps, de aportes financeiros dos poderes públicos municipal e estadual, como consignado no item 33 e subitens da instrução técnica de março de 1998 (fl. 168), tornando mister, ao nosso ver, que seja dada ciência ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco do que vier a ser decidido neste processo.*

*Alvitramos, ainda, a conveniência de ser determinada a inclusão dos nomes dos responsáveis no Cadin, caso tal providência já não tenha sido adotada pelo Controle Interno, conforme dispôs a Decisão nº 94/2000 - Plenário, de 16.02.2000.”*

*É o Relatório.*

## VOTO

Examino, nesta oportunidade elementos adicionais de defesa apresentados pelo Sr. Ettore Labanca e da Construtora OAS Ltda., por meio dos quais buscam alterar o entendimento contido na Decisão nº 485/2000 – TCU – Plenário, por meio da qual foram rejeitadas parcialmente as razões de justificativas apresentadas por esses interessados.

### *Preliminar de Cerceamento de Defesa*

2.A Construtora OAS asseverou que os atos relativos à presente tomada de contas especial se deram em data anterior à vigência da Lei nº 8.443/92 e que a sua citação se deu com fulcro no art. 12, II dessa Lei. Por isso, não se poderia considerar válida a citação efetuada com suporte no art. 12, inciso II, da Lei nº 8.443/92. Para que se pudesse citá-la, deveria restar configurada prova de que agiu com culpa e em conluio com a Administração, tendo em vista o que prescreve o art. 896 do Código Civil.

3.A respeito desse questionamento, considero adequado o entendimento externado pelo Ministério Público, no sentido de que “*não pairam dúvidas quanto à competência do TCU para apreciar as contas de terceiros que venham causar dano à União ... Note-se: o que estabelece a jurisdição do TCU sobre o presente caso e sobre a contratada não é a Lei nº 8.443/92, mas a Constituição Federal*”. De

fato, identificado provável dano ao Erário, impõe-se a atuação do TCU, em razão do que prescreve o inciso II do art. 71 da Constituição Federal.

4. Consoante ressaltou a Unidade Técnica, o Decreto-lei nº 199/67, vigente à época dos fatos que justificaram a instauração desta tomada de contas especial, não tratava da solidariedade de terceiros com a Administração. Adequada a utilização, de forma subsidiária dos comandos contidos nos arts. 159 e 1518 do Código Civil, que tratam da responsabilidade por atos ilícitos. É bem verdade que a imputação de responsabilidade a terceiros, pressupõe, consoante jurisprudência dominante desta Corte, a existência presumida de conluio entre o administrador público e o terceiro beneficiado.

5. Resta verificar, pois, se, à época da citação impugnada, existiam elementos que a sustentassem. Ressalto, a propósito, que o motivo determinante da citação, em solidariedade, dirigida ao ex-Prefeito de São Lourenço da Mata/PE e à Construtora OAS Ltda. consistiu na realização de pagamentos que destoavam do que fora estipulado em contrato. Tais pagamentos, acrescento, foram efetuados com base em **cálculos elaborados pela Construtora e submetidas àquele município**. Vê-se, pois, que tais ocorrências autorizaram a conformação de presunção de dano ao erário imputável tanto ao gestor público, quanto à referida empresa. Não há, pois, cogitar-se de vício insanável, que comprometesse o seguimento regular do presente feito.

## **Mérito**

### *Documentação Comprobatória das Despesas*

6. De início, ressalto que foi efetuada diligência com intuito de que fossem trazidos aos autos alguns documentos que não constavam da prestação de contas original, inclusive extrato bancário da conta em que foram movimentados. Tais documentos, porém, não foram acostados aos autos. A Decisão que rejeitou as alegações de defesa apresentadas pelo ex-Prefeito e pela Construtora OAS Ltda., respaldada pelas informações fornecidas pela Unidade Técnica, assumiu que os respectivos pagamentos haviam sido efetivamente realizados consoante declarado pela Prefeitura e pela Construtora (vide quadro constante do item 16 deste Voto, em que são relacionados os valores pagos à Construtora e as respectivas datas de pagamento).

7. Entendo que a cópia do extrato bancário é, em regra, elemento essencial para a demonstração da destinação emprestada a recursos repassados por meio de convênios. Considero, a despeito disso, que os elementos contidos nos autos (cópias de recibos da Construtora, de declarações de pagamentos emitidas pela Prefeitura, de notas fiscais, atestados de efetiva realização das obras, pronunciamentos do Controle Interno) autorizam a conclusão de que os pagamentos teriam sido efetuados na forma relatada nos autos. Ademais, não se poderia, na fase processual em que se

encontra o presente feito, surpreender os interessados, com o argumento de ausência de documentos comprobatórios das despesas realizadas.

8.É bem verdade que seria possível operar a revisão da Decisão que rejeitou as alegações de defesa dos responsáveis, efetuando-se, em seguida, nova citação dos envolvidos. Considero, porém, inoportuna tal solução. Exatamente porque, como mencionado acima, é razoável admitir, com elevada margem de segurança, que os desembolsos verificados ocorreram da forma relatada nos autos. Além disso, as respectivas movimentações financeiras foram efetuadas há mais de dez anos, o que poderia dificultar o atendimento de exigência no sentido de obter aquela documentação bancária. Prossigo, por isso, examinando o questão sobre a qual se centraram as atenções já por ocasião da análise das defesas originais.

#### Alteração da Forma de Reajuste dos Pagamentos Efetuados

9.Relembro os fatos relativos ao reajustamento das faturas correspondentes à execução da obra de ampliação da Unidade Hospitalar situada em São Lourenço da Mata/PE.

10.Segundo o Edital de Concorrência nº 01/91 da Prefeitura Municipal de São Lourenço da Mata (P.M.S.L.M):

*“16.3Os valores das medições serão obtidos mediante a aplicação dos preços unitários constante da Proposta da Contratada às quantidades de serviços efetivamente executados.*

*(...)*

*16.4 Após elaboração das medições, a contratada dará entrada no protocolo da P.M.S.L.M., das faturas referentes as medições de obras e serviços, inclusive reajustamentos ...*

*16.5O pagamento será efetivado no prazo máximo de 08 (oito) dias, contados a partir da data da respectiva aprovação, após a medição.”*

11.Mais adiante, restou estipulado a forma de reajuste dos pagamentos:

#### *“17REAJUSTAMENTO*

*Os preços serão reajustados com os índices publicados pela Fundação Getúlio Vargas, Coluna 02 – Disponibilidade Interna – obedecendo a seguinte fórmula:*

$$R = \frac{I - I_0}{I_0} \times V, \text{ onde}$$

*I<sub>0</sub>*

*R = reajustamento procurado.*

*I<sub>0</sub> = Índice relativo ao 2º mês anterior à data base da proposta.*

*I = Índice relativo ao 2º mês anterior ao pagamento da fatura.*

*V = valor a ser reajustado.”*

12.Importa ressaltar que a fórmula de reajuste acima explicitada revela-se, em princípio, aceitável. A defasagem no tempo dos meses de referência utilizados para cálculo do reajuste de preços deve ter sido adotada para permitir a apuração da inflação ocorrida no respectivo mês. Isso porque os referidos índices acusavam a inflação do mês a que se referem e somente eram divulgados no transcurso do mês

subseqüente. Além disso, mesmo em ambiente inflacionário, desde que não houvesse variações substanciais dos respectivos índices que medem a inflação, a referida defasagem não causaria distorções indesejáveis na equação econômico-financeira pactuada.

13. Observo, ainda, que a data-base da proposta era março de 1991 e que a apresentação da proposta ocorreu em maio de 1991. Os pagamentos do principal e dos respectivos reajustes originalmente impugnados foram efetuados em novembro de 1991 (faturas n.ºs 2414, 2415, 2527 e 2528) e janeiro de 1992 (faturas n.ºs 2418 e 2419).

14. Assim sendo e em conformidade com o Edital, tem-se que “I1” corresponderia ao IGP-DI relativo ao mês de setembro/91, para os pagamentos efetuados em novembro/91, e ao IGP-DI relativo ao mês de novembro/91, para os pagamentos efetuados em janeiro de 1992. O índice I0, por seu turno, seria sempre, de acordo com o Edital, o relativo ao IGP-DI do mês de janeiro de 1991. A contratada, entretanto, considerou I1 como sendo o IGP de novembro de 1991 e janeiro de 1992 (meses em que foram pagas as faturas), e I0 como sendo o IGP-DI do mês de março de 1991 (mês da data-base da proposta).

15. Reproduzo, em seguida, tabela extraída de fl. 62 da Revista Conjuntura Econômica de fevereiro de 1992, em que são explicitados os índices gerais de preços – disponibilidade interna, para permitir a visualização da variação inflacionária verificada no período de janeiro de 1991 a janeiro de 1992 e dos índices utilizados nos cálculos subseqüentes:

1991	Índice (IGP-DI)	Varição no mês (%)
Janeiro	1.890,83	19,9
Fevereiro	2.289,94	21,1
Março	2.455,88	7,2
Abril	2.670,50	8,7
Mai	2.844,75	6,5
Junho	3.125,28	9,9
Julho	3.526,20	12,8
Agosto	4.072,38	15,5
Setembro	4.731,87	16,2
Outubro	5.954,92	25,8
Novembro	7.489,05	25,8
Dezembro	9.146,88	22,1

1992	Índice (IGP-DI)	Varição no mês (%)
Janeiro	11.602,00	26,8

16. Em seguida, passo a relacionar os valores efetivamente pagos à Construtora OAS Ltda. e aqueles que teriam sido pagos se fosse observada a regra de reajuste constante do Edital.

## Valores das Parcelas Segundo o Edital

Número da Fatura	Data do pagamento	Valor em Cr\$
2414 – valor original	26/11/91	77.350.478,47
2415 – reajuste da fatura nº 2414 segundo o Edital	26/11/91	116.180.418,70

Soma dos valores das faturas 2414 e 2415 = 193.530.897,17

Número da Fatura	Data do pagamento	Valor em Cr\$
2527 – valor original	26/11/91	77.366.656,12
2528 – reajuste da fatura nº 2527 segundo o Edital	26/11/91	116.204.717,50

Soma dos valores das faturas 2527 e 2528 = 193.571.373,62

Número da Fatura	Data do pagamento	Valor em Cr\$
2418 – valor original	15/01/92	49.950.340,50
2419 – reajuste da fatura nº 2418 segundo o Edital	15/01/92	147.902.958,20

Soma dos valores das faturas 2418 e 2419 = 197.853.298,70

### Valores das Parcelas Efetivamente Pagas

Número da Fatura	Data do pagamento	Valor em Cr\$
2414 – valor original	26/11/91	77.350.478,47
2415 – reajuste da fatura nº 2414 efetivado	26/11/91	158.524.855,19

Soma dos valores das faturas 2414 e 2415 = 235.875.333,66

Número da Fatura	Data do pagamento	Valor em Cr\$
2527 – valor original	26/11/91	77.366.656,12
2528 – reajuste da fatura nº 2527 efetivado	26/11/91	158.558.010,24

Soma dos valores das faturas 2527 e 2528 = 235.924.666,36

Número da Fatura	Data do pagamento	Valor em Cr\$
2418 – valor original	15/01/92	49.950.340,50
2419 – reajuste da fatura nº 2418 efetivado	15/01/92	186.023.659,48

Soma dos valores das faturas 2418 e 2419 = 235.973.999,98

17. Em razão desses pagamentos, este Tribunal decidiu rejeitar as alegações de defesa daquele ex-Prefeito e da Construtora OAS Ltda., no valor correspondente às diferenças entre os valores efetivamente pagos e aqueles que resultariam da aplicação da regra constante do Edital. Tal diferença está novamente posta na tabela seguinte:

Data de atualização	Valor Original
26.11.1991	Cr\$ 84.697.729,20
15.01.1992	Cr\$ 38.120.701,20

18. Considero que a solução adequada ao presente feito pressupõe a investigação a respeito da existência, ou não, de causa que tenha gerado a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado entre o município de São Lourenço da Mata/PE e a Construtora OAS. Os elementos adicionais de defesa apresentados pelo responsável e pela empresa buscam demonstrar que a aceleração do processo inflacionário, no respectivo período, teria configurado motivo bastante para a alteração da equação de reajuste das parcelas devidas à construtora.

19. Ressalto, por oportuno, que a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro está estampada na própria Constituição Federal. Prescreve o inciso XXI do art. 37 da CF:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

20. O Decreto-lei nº 2.300, nos exatos termos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (vide item III da instrução supra), “incorporou, implicitamente, em seu texto, a aplicação da teoria da imprevisão, ao permitir a alteração do contrato, por acordo das partes ‘para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato (art. 55, II, ‘d’)”.

21. Ocorre que a avaliação precisa da necessidade de alteração das condições de reajuste originais, em razão do aumento da inflação, demandaria exame da repercussão dessa variação sobre os custos incorridos pela empresa. Em situação ideal, caberia à OAS Ltda. requerer a repactuação e ao Sr. ex-Prefeito exigir a demonstração de variação dos custos da empresa, em razão da escalada inflacionária.

Isso porque é possível que, a despeito de sensível incremento de um dado índice de medida da inflação, os custos das empresas revelassem alteração consideravelmente menor do que aquela medida por esse índice.

22.No caso sob exame, contudo, o Sr. Ex-Prefeito não adotou tal providência. Não providenciou sequer a prévia formalização do reajuste. Por isso, poder-se-ia alegar, na presente data, que a avaliação da pertinência da alteração da forma de reajuste dependeria de avaliação da evolução dos custos da Construtora durante a época de interesse para o contrato sob exame. Tal medida, entretanto, revela-se despropositada, tendo em vista o longo tempo já decorrido desde a execução das obras daquele Hospital.

23.Poder-se-ia, então, cogitar de avaliar a pertinência da utilização do Índice Nacional de Custo da Construção Civil, para estimar o incremento dos custos incorridos pela Construtora. Entendo acertado, entretanto que se proceda à avaliação do impacto da evolução inflacionária no período sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em exame com base no IGP – DI. Especialmente porque a inflação medida no período de interesse (março de 1991 a janeiro de 1992) a partir do Índice de Preços da Construção Civil (Brasil) foi ligeiramente superior à inflação medida a partir do IGP – DI, consoante demonstrado em seguida.

	<i>INCC</i>	<i>IGP – DI</i>
<i>Março - 1991</i>	<i>1.559,46</i>	<i>2.455,88</i>
<i>Janeiro – 1992</i>	<i>7.725,41</i>	<i>11.602,00</i>

\* Dados extraídos da revista Conjuntura Econômica de março de 1992 (fls. 58 e 62)

Inflação do período (março/91 a Jan. 92) =  $\frac{I - I_0}{I_0} = 372\%$   
medida pelo IGP – DI  $I_0$

Inflação do período (março/91 a Jan. 92) =  $\frac{I - I_0}{I_0} = 395\%$   
medida pelo INCC  $I_0$

24.Passo, portanto, a avaliar se a alteração do ritmo de crescimento da inflação, medida pelo IGP - DI, nos moldes verificados no período de interesse para o presente contrato justificaria a alteração do modo de reajuste das parcelas pagas àquela construtora. Entendo, a propósito, que a simples verificação de passado econômico recente instável (vide itens 108 a 111 da instrução transcrita no Relatório supra) não teria o condão de transferir todo e qualquer ônus de modificação do valor real das parcelas devidas à quem contrata com a Administração Pública.

25.Ressalto que, à época da execução do contrato sob exame, as incertezas sobre a tendência da inflação eram evidentes. Não se poderia, de forma razoável, descartar a possibilidade de retomada da espiral de elevação dos índices de preços. Do mesmo modo, contudo, não havia como desconsiderar a possibilidade de estagnação da inflação no patamar verificado no mês março de 1991 – 7,2% medida pelo IGP-DI -, por exemplo, ou mesmo de redução desse nível de inflação (veja-se que inflação nos níveis de março de 1991 já era elevada).

26. Ainda que se pudesse, em face elementos fáticos conjunturais relativos àquele momento econômico, deduzir-se que viria a ser retomada a tendência de aumento da taxa de inflação, não se poderia prever a intensidade do impacto dessa variação inflacionária no contrato sob exame. Veja-se que a inflação medida pelo IGP-DI de março de 1991 (data-base da proposta) foi de 7,2%, enquanto a do mês de janeiro de 1992 (mês do último pagamento efetuado) foi de 26,8%. Embora se pudesse aventar a tese da previsibilidade da retomada de processo inflacionário crescente, não se poderia prever a intensidade de seus reflexos sobre a equação econômico-financeira estipulada pelo referido Edital. A partir deste momento, passo a quantificar a intensidade desse impacto.

27. Em seguida, calculo os índices de reajuste dos pagamentos devidos à contratada, segundo estipulado no Edital e na forma que foram efetivamente realizados:

Mês de Pagamento	Índice de Reajuste Previsto no Edital $I = (I1 - I0) / I0$ referências: 2º mês anterior ao pagto. e 2º mês anterior a proposta	Índice Efetivamente Utilizado $I = (I1 - I0) / I0$ referências: mês do pagamento e mês da proposta
Junho/91	0,41	0,27
Julho/91	0,50	0,43
Agosto/91	0,65	0,65
Setembro/91	0,87	0,92
Outubro/91	1,15	1,42
Novembro/91	1,50	2,05
Dezembro/91	2,15	2,72
Janeiro/92	2,96	3,72

Obs. O valor do respectivo reajuste é resultado da multiplicação do valor original por esses índices

28. Observe-se que os índices utilizados para reajustar os pagamentos efetuados, ao longo do exercício em que foi executado o contrato, passaram a apresentar maior elevação que a dos índices que de reajuste segundo as regras do Edital. Tal evidência reflete a tendência verificada no período de substancial incremento da taxa de inflação. Entendo que esse descolamento de índices permite a conclusão preliminar de que a equação de econômico-financeira deixaria de assegurar a manutenção das condições originais de remuneração, na razão inversa da taxa de crescimento (ou de redução) da inflação medida. Tal equação, portanto, revelar-se-ia consistente, para oscilações pouco significativas de inflação, hipótese em que ambos os índices tenderiam a um mesmo valor.

29. Explícito, ainda, com base nos cálculos constantes das tabelas acima elaboradas a diferença, em termos percentuais dos valores pagos à Construtora OAS Ltda. e daqueles que resultariam da aplicação da regra de reajustamento contida no Edital:

Número da Fatura	Data do pagamento	Diferença absoluta entre valor pago e valor do Edital (Cr\$)	Diferença percentual entre valor pago e valor do Edital
2414/2415	26/11/91	42.344.436,49	17,95
2527/2528	26/11/91	42.353.292,74	17,95
2418/2419	15/01/92	38.120.701,28	16,15

30. Veja-se, portanto, que, em termos reais, se houvessem sido aplicados os índices estipulados no Edital, haveriam sido pagos valores 17,95% (faturas 2414/2415 e 2527/2528) e 16,15% (faturas 2418/2415) inferiores àqueles efetivamente pagos. Entendo que tal diferença revela alteração substancial do panorama originalmente estabelecido. Creio que a redução de receita dessa ordem, considerada a expectativa inicialmente estabelecida, teria representado gravame excessivo para a empresa. Por isso, entendo aceitável a reformulação operada na fórmula de reajuste do contrato ora sob exame.

31. Observo, ainda, que o princípio da vinculação ao Edital não pode impedir o reconhecimento da incidência de hipótese de necessidade de alteração das condições originais de pagamento. Exatamente porque o próprio sistema positivado vigente à época dos fatos ora enfocados – e também que passou a vigorar como o advento da Lei nº 8.666/93 – autoriza a modificação da avença original, quando se fizer necessária a retomada do equilíbrio econômico-financeiro. Assim sendo, há de se reconhecer que, nas situações em que se fizer necessária a repactuação para restauração desse equilíbrio, o princípio da vinculação aos termos do Edital cederá - obrigatoriamente – às normas que buscam preservar a compatibilidade entre o conjunto de encargos impostos ao particular e a remuneração.

32. Ressalto, também, que ausência de tempestiva formalização de alteração do modo de reajuste original não pode impedir o reconhecimento posterior da necessidade de que se houvesse procedido à referida modificação da fórmula de reajuste praticada, ainda que disso resulte o reconhecimento de grave infração a norma legal, imputável àquele ex-Prefeito.

Conduta do Sr. Ettore Labanca

33. Ressalto, a esse respeito, que competia àquele ex-Prefeito, de forma antecipada e explícita, proceder a investigação sobre o cabimento da reformulação do modo de reajuste do contrato. Consoante anotado na instrução contida no Relatório supra, do Administrador Público exige-se a observância aos princípios da publicidade e legalidade. Era de se esperar que aquele ex-Prefeito determinasse a realização de estudos para verificar a pertinência da mudança na forma de reajuste das parcelas devidas à construtora. Tal investigação, consoante anotado acima, deveria avaliar o impacto da evolução inflacionária no período de interesse. Isso porque a equação econômico-financeira de um dado contrato constitui-se de remuneração devida pelo contratado e encargos por ele incorridos.

34. Além disso, era necessário que esse responsável providenciasse a formalização da alteração da forma de pagamento e efetuasse a correspondente divulgação. Consoante observou o Sr. Analista, o art. 50 do Decreto-lei nº 2.300/86 exigia que os contratos e seus aditamentos fossem lavrados nas repartições interessadas. Além disso, o Parágrafo único do art. 50 revelava, de forma inequívoca, a ilicitude da ausência de formalização dos contratos e seus aditivos ao reputar nulo o contrato verbal celebrado com a Administração. Vê-se, portanto, que restou configurada infração a norma legal que justifica, dada sua gravidade, a apenação do responsável. Ressalto, a propósito, que a jurisprudência do Tribunal se consolidou no sentido de ser possível a imposição de multa, embora haja sido efetuada a citação do responsável, desde que se possa depreender dos termos da citação efetuada. No caso sob exame a ausência da necessária formalização do aditamento exsurge da falta de compatibilidade entre os valores pactuados e os efetivamente pagos, expressamente noticiada na citação.

35. Acrescento, ainda, que, relativamente ao pagamento indevido de despesas de “mobilização”, objeto também da citação dirigida àquele ex-Prefeito, o então Relator deste feito, no Voto condutor da Decisão por meio da qual foram rejeitadas as alegações de defesa apresentadas, deixou consignado que *“a empresa OAS incorreu em custos da espécie, mas não no montante fixado na planilha daquela empresa, anexa ao contrato. Isto porque o custo ali previsto relacionava-se não somente com as despesas que a OAS incorreria com a mobilização de recursos humanos e materiais destinados à realização de serviços de instalações elétricas e de equipamentos hospitalares, mas também com todos os demais serviços previstos na referida planilha necessários à construção do hospital (instalação de canteiro-de-obras, terraplanagem, drenagem etc.), os quais, no entanto, não foram executados, pois o hospital já havia sido construído.”*

36. Apesar disso, argumentou aquele Relator que *“o exato valor desse custo de mobilização não é passível de quantificação com os elementos constantes dos autos.”* Ressaltou, em seguida, que *“o pagamento do valor integral constante da planilha infringiu os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, uma vez que não foi atendida a fase de liquidação da despesa, especialmente por não ter ocorrido, por parte da Prefeitura, verificação prévia com o fim de se apurar a importância exata que deveria ser paga, consoante determina o § 1º do último dispositivo mencionado.”* Ponderou, ainda, que deixava de aplicar multa ao responsável, em razão de este Tribunal ter se posicionado no sentido de ser incompatível a aplicação concomitante de multa e débito em razão de atos praticados sob a vigência do Decreto nº 199/67.

37. Tendo em vista, portanto, que restou configurada a inexistência de débito em razão de modificação da fórmula de reajuste dos pagamentos devidos à contratada, consoante demonstrado no presente Voto, entendo que não subsiste o óbice apontado pelo então Ministro-Relator para apenação do responsável. Ademais, o pagamento

do item mobilização, sem observância da fase de liquidação da despesa, autoriza, por sua gravidade, a apenação do responsável.

38. Restaram, em síntese, configuradas a violação aos princípios da legalidade e publicidade e a infração aos mencionados art. 50 do Decreto-lei nº 2.300/86 e arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64, o que justifica a imputação de multa ao responsável no valor máximo autorizado pelo art. 53 do então vigente Decreto-lei nº 199/67.

39. Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

## ACÓRDÃO Nº 313/2002 – TCU – PLENÁRIO<sup>1</sup>

1. Processo TC-500.342/1995-4
2. Classe de Assunto: IV - Tomada de Contas Especial.
3. Responsável: Ettore Labanca e Construtora OAS Ltda.
4. Entidade: Município de São Lourenço da Mata/PE.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler
6. Representante do Ministério Público: Marinus Eduardo De Vries Marsico
7. Unidade Técnica: Secex/PE.
8. Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial instaurada contra Ettore Labanca e Construtora OAS Ltda., em decorrência de irregularidades verificadas na gestão dos recursos oriundos do Convênio nº 38/DAS/91, que tinha por objeto *“a expansão das atividades médico-assistenciais com vistas ao bom atendimento da população por meio do Hospital Regional”*.

Considerando o responsável e a Construtora OAS Ltda. e o referido ex-Prefeito foram regularmente citados em razão de suposto prejuízo em razão de irregularidades na gestão dos recursos do Convênio nº 38/DAS/91;

Considerando que aquele ex-Prefeito foi também ouvido em audiência em razão de irregularidades relacionadas com a gestão de recursos desse mesmo convênio;

Considerando que após a promoção de diligências diversas e da oitiva dos responsáveis restou comprovada a realização das obras que envolveram a aplicação dos recursos do convênio;

Considerando que a regra de reajustamento dos pagamentos, adotada no contrato assinado entre o Município e a Construtora OAS Ltda, desobedecia às regras editalícias, além de expurgar índices inflacionários de dois meses, com prejuízos para a contratada;

Considerando que também a regra de reajustamento constante do edital de licitação se revelou inadequada, visto que não se prestava à recomposição da inflação do período decorrido entre a data-base da proposta e a realização dos pagamentos

---

<sup>1</sup> Publicado no DOU de 09/09/2002.

das faturas, dado que se utilizava de índices inflacionários de períodos estranhos à realização do contrato;

Considerando que a aplicação do referido critério de reajustamento, em cenário de inflação crescente, importaria sensíveis prejuízos à contratada, quantitativamente demonstrados;

Considerando que a manutenção da equação econômico-financeira inicial é princípio norteador da doutrina dos contratos administrativos, sendo justificáveis os reajustamentos realizados a esse título;

Considerando que restou configurada a ausência de formalização da alteração na forma de reajuste das parcelas devidas à Construtora OAS Ltda., o que configura violação aos princípios da legalidade e publicidade e a infração ao art. 50 do Decreto-lei nº 2.300/86; e

Considerando o pagamento do item mobilização, sem observância da fase de liquidação da despesa, com conseqüente infração aos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

a) Julgar as contas do Sr. Ettore Labanca irregulares, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei nº 8.443/92, c/c os arts. 19 “caput”, e 23, inciso III, da mesma Lei, aplicar a esse responsável a multa prevista no art. 58, inciso II da citada Lei, no valor de R\$ 2.000.00 (dois mil reais), com base no limite permitido na legislação então vigente (art. 53 do Decreto-lei nº 199/67), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 159, inciso III, alínea “a” do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional;

b) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, a cobrança judicial da dívida, acrescida dos encargos legais contados a partir do dia seguinte ao término do prazo ora estabelecido, até a data do recolhimento, caso não atendida a notificação, na forma da legislação em vigor;

c) acatar as alegações de defesa apresentadas pela Construtora OAS Ltda.; e

d) encaminhar ao responsável e à Construtora OAS Ltda. cópia do presente Acórdão, assim como do Relatório e Voto que o fundamentam.

09. Ata nº 31/2002 – Plenário

10. Data da Sessão: 28/08/2002 – Ordinária

11. Especificação de **quorum**:

11.1. Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar, Benjamin Zymler (Relator) e o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

11.2. Ministro que alegou suspeição: Marcos Vinícios Vilaça.

11.3. Ministro com voto vencido: Adylson Motta.

11.4. Auditor presente: Marcos Bemquerer Costa.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO  
Presidente

BENJAMIN ZYMLER  
Ministro-Relator

Fui presente:

LUCAS ROCHA FURTADO  
Procurador-Geral