

Aviso n.º 2.051-SGS-TCU-Plenário

Brasília-DF, 9 de novembro de 2005

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento, cópia do Acórdão proferido nos autos do processo nº TC 018.016/2005-1, examinado pelo Plenário desta Corte na Sessão Ordinária de 9/11/2005, bem como do Relatório e do Voto que fundamentaram aquela deliberação.

Atenciosamente,



ADYLSO MOTT
Presidente

A Sua Excelência, o Senhor
Senador DELCÍDIO AMARAL
Presidente da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios
Aos cuidados de WANDERLEY RABELO DA SILVA
Subsecretaria de Apoio às Comissões Especiais e Parlamentares de Inquérito
Praça dos Três Poderes, Senado Federal, Ala Alexandre Costa, Sala 13, Subsolo
Brasília - DF

BQS nº 03/2005 - CN - CPMI - CORREIOS
Fis. Nº 0391
Doc: 3613

ACÓRDÃO Nº 1.798/2005 - TCU - PLENÁRIO

1. Processo TC-018.016/2005-1 - c/ 04 anexos
2. Grupo II – Classe – VII - Representação
3. Interessada: 1ª SECEX
4. Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT
5. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar
6. Representante do Ministério Público: não houve
7. Unidade Técnica: 1ª Secex
8. Advogado constituído nos autos: não houve

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de Representação formulada por equipe de auditoria do TCU tratando de irregularidades na execução do Contrato nº 11.346/2002, cujo objeto é a aquisição e a prestação de assistência técnica em equipamentos utilizados na solução de automação das agências da ECT, firmado com o Consórcio Alpha, integrado pelas empresas Novadata Sistemas e Computadores S.A e Positivo Informática Ltda.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da Representação, nos termos do art. 237, inciso VI, do Regimento Interno/TCU;

9.2. converter os autos em TCE, com fulcro no art. 47 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 252 do Regimento Interno/TCU;

9.3. determinar, com fundamento no art. 12, inciso II, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 202, inciso II, do Regimento Interno/TCU, a citação, de forma solidária, dos responsáveis abaixo indicados para, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentarem alegações de defesa ou recolherem aos cofres da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, as quantias discriminadas a seguir, referentes a pagamentos feitos ao Consórcio Alpha em razão da concessão indevida de reequilíbrio econômico-financeiro por meio do 5º termo aditivo ao Contrato nº 11.346/2002:

Valor (R\$)	Data
2.517.286,97	28/11/2004
1.500.000,00	30/12/2004
1.500.000,00	30/1/2005

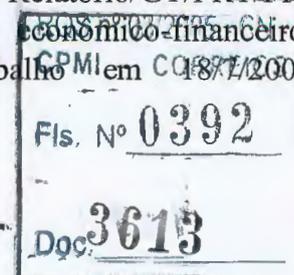
Responsáveis:

9.3.1. Sr. João Henrique de Almeida Sousa, então Presidente da ECT, por aprovar a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro (conforme Ata da 46ª Reunião Ordinária de Diretoria/2004, de 17/11/2004) e assinar o referido termo aditivo, em 23/11/2004;

9.3.2. Sr. Antônio Osório Menezes Batista, então Diretor de Administração, por conduzir o processo de concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, aprová-lo (conforme Ata da 46ª Reunião Ordinária de Diretoria/2004, de 17/11/2004) e assinar o referido termo aditivo, em 23/11/2004);

9.3.3. Srs. Maurício Coelho Madureira, então Diretor de Operações; Ricardo Henrique Suñer Caddah, então Diretor Econômico-Financeiro; Sr. Robinson Koury Viana da Silva, então Diretor de Recursos Humanos e Sr. Eduardo Medeiros de Moraes, então Diretor de Tecnologia e de Infra-Estrutura, por aprovarem a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro (conforme Ata da 46ª Reunião Ordinária de Diretoria/2004, de 17/11/2004);

9.3.4. Sra. Tânia Regina Teixeira Munari e Srs. Alexandre Fernandes Braga, Rodrigo Figueiro de Andrade e Marcelo de Almeida Camargo, responsáveis pela elaboração do Relatório/GT/PRT/PR-170/2003-058/2004, em 23/9/2004, propondo a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, contrariando parecer anterior elaborado pelo mesmo grupo de trabalho em 01/01/2003 (Parecer/GT/PRT/PR-170/2003-01/2003);



9.3.5. Sr. Luiz Eduardo Alves Rodrigues, advogado, responsável pela elaboração da Nota Jurídica/DEJUR/DJTEC-956/2004, em 6/9/2004, e Parecer/DEJUR/DCON-101/2004, em 25/10/2004, propondo a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro;

9.3.6. Sra. Maria de Fátima Moraes Seleme, então Chefe do Departamento Jurídico, em razão da aprovação do Parecer/DEJUR/DCON-101/2004, em 27/10/2004, propondo a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro;

9.3.7. Sra. Sônia Maria Guimarães Campos, então Subchefe do Departamento Jurídico, em razão da aprovação da Nota Jurídica/DEJUR/DJTEC-956/2004, em 17/9/2004, propondo a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro;

9.3.8. Sra. Valéria Cristina Silva Almeida Pessoa, então Chefe da DJTEC, em razão da aprovação da Nota Jurídica/DEJUR/DJTEC-956/2004, em 13/9/2004, e do Parecer/DEJUR/DCON-101/2004, em 26/10/2004, propondo a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, contrariando parecer anterior de grupo de trabalho do qual fazia parte, lavrado em 18/7/2003 (Parecer/GT/PRT/PR-170/2003-01/2003);

9.3.9. Novadata Sistemas e Computadores S.A e Positivo Informática Ltda., integrantes do Consórcio Alpha, beneficiárias do reequilíbrio econômico-financeiro;

9.4. determinar, com fundamento no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 202, inciso II, do Regimento Interno/TCU, a audiência dos responsáveis indicados abaixo, para apresentarem razões de justificativa quanto às irregularidades a seguir:

9.4.1. Sr. Maurício Marinho, então Chefe do Departamento de Contratação e Administração de Material:

9.4.1.1. por não ter dado andamento aos processos de aplicação de penalidades ao Consórcio Alpha por descumprimento dos prazos estabelecidos no Contrato nº 11.346/2002;

9.4.1.2. por ter elaborado a orientação CI/GAB/DECAM-020/2004-Circular, em 25/8/2004, retirando das diretorias regionais a iniciativa para solicitar a aplicação de penalidades no âmbito do Contrato nº 11.346/2002, sem que fosse definido o gestor operacional do contrato, inviabilizando, em consequência, a aplicação das penalidades previstas;

9.4.2. Sr. Antônio Osório Menezes Batista, então Diretor de Administração, por ter aprovado a orientação CI/GAB/DECAM-020/2004-Circular, em 25/8/2004, retirando das diretorias regionais a iniciativa para solicitar a aplicação de penalidades no âmbito do Contrato nº 11.346/2002, sem que fosse definido o gestor operacional do contrato, inviabilizando, em consequência, a aplicação das penalidades previstas;

9.5. determinar à ECT que:

9.5.1. nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal e do art. 45 da Lei nº 8.443/92, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência da presente deliberação, adote as medidas administrativas (e judiciais, se necessário) para aplicação das multas previstas no Contrato nº 11.346/2002 por atraso no atendimento dos chamados nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, a partir do levantamento das multas devidas, preferencialmente por meio de apuração no sistema Help Desk da ECT;

9.5.2. comunique a este Tribunal, tão logo expirado o prazo acima, acerca das medidas adotadas para dar cumprimento à determinação supra;

9.6. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, ao Presidente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ao Ministro de Estado das Comunicações; à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI dos Correios, à Procuradoria Geral da República e à Casa Civil da Presidência da República.

10. Ata nº 43/2005 – Plenário

11. Data da Sessão: 9/11/2005 – Ordinária

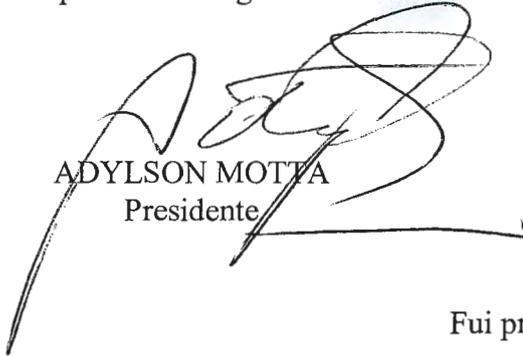
RQS nº 03/2005 - CN -
CPMI - CORREIOS
Fls. Nº 0393
- 3613
Doc: _____

12. Especificação do quórum:

12.1. Ministros presentes: Adylson Motta (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar (Relator), Benjamin Zymler e Augusto Nardes.

12.2. Auditor convocado: Lincoln Magalhães da Rocha.

12.3. Auditores presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.



ADYLSO MOTT
Presidente

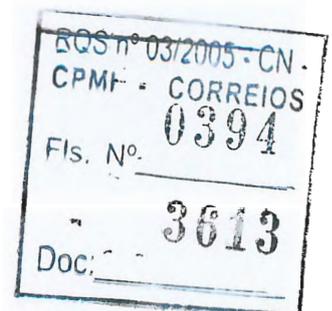


UBIRATAN AGUIAR
Relator

Fui presente:



LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral



GRUPO II – CLASSE VII – Plenário
TC-018.016/2005-1 - c/ 04 anexos
Natureza: Representação
Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT
Interessada: 1ª SECEX
Advogado: não houve

Sumário: Representação formulada por equipe de auditoria. Irregularidades em contrato para aquisição e prestação de assistência técnica em equipamentos. Concessão indevida de reequilíbrio econômico-financeiro. Débito. Ausência de aplicação de multas contratuais em função de atraso na execução do objeto. Conversão dos autos em TCE. Citação. Audiência. Determinação para que a ECT tome as medidas cabíveis para aplicação das multas devidas. Ciência à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI dos Correios, ao Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, à Casa Civil da Presidência da República e à Procuradoria Geral da República

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Representação formulada por equipe de auditoria do TCU tratando de irregularidades na execução do Contrato nº 11.346/2002, cujo objeto é a aquisição e a prestação de assistência técnica em equipamentos utilizados na solução de automação das agências da ECT, firmado com o Consórcio Alpha, integrado pelas empresas Novadata Sistemas e Computadores S.A e Positivo Informática Ltda.

2. Transcrevo, a seguir, na íntegra, o texto da representação feita pela equipe:

“Trata-se de representação interposta pela equipe responsável pela Auditoria Fiscalis nº 890/2005, designada pela Portaria de Fiscalização nº 961, de 27 de junho de 2005, com o objetivo de realizar auditoria de conformidade sobre os processos de licitação e contratos mencionados em notícias veiculadas na imprensa sobre corrupção na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

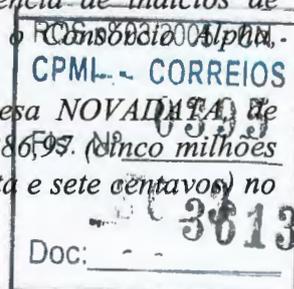
1. RESUMO

1.1. *A presente representação visa cumprir despacho do Exmo. Ministro-Relator Ubiratan Aguiar no TC 007.694/2005-2, no sentido de que indícios de irregularidades graves observados no decorrer do processo fiscalizatório sejam relatados tempestivamente, consoante o disposto no Inciso II do art. 86 da Lei Orgânica c/c o caput do art. 246 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.*

1.2. *Conforme planejamento elaborado oportunamente, um dos processos licitatórios elencados para exame na fiscalização em curso foi o Pregão nº 42/2002, promovido pela ECT para “a aquisição e prestação de assistência técnica por 24 meses” de diversos equipamentos utilizados na solução de automação das agências da ECT, e vencido pelo Consórcio Alpha, constituído pelas empresas Novadata Sistemas e Computadores S.A e Positivo Informática Ltda.*

1.3. *Analizados os autos do processo licitatório, constatou-se a existência de indícios de irregularidades graves na execução do Contrato nº 11.346/2002, firmado com o Consórcio Alpha, vencedor do referido Pregão. Em síntese, foram identificados os seguintes pontos:*

- a) *Concessão indevida ao Consórcio Alpha, cujo líder é a empresa NOVADATA de reequilíbrio econômico-financeiro, com acréscimo de R\$ 5.517.286,97 (cinco milhões quinhentos e dezessete mil duzentos e oitenta e seis reais e noventa e sete centavos) no*



valor global do Contrato, utilizando como argumento súbita desvalorização do Real frente ao Dólar a partir de agosto de 2002;

- b) Aceite da ECT em retomar discussão acerca do percentual devido em função do reequilíbrio econômico-financeiro, assunto esta que já havia sido completamente encerrado, sem chances de contestação, mediante a assinatura do 5º Termo Aditivo ao contrato;
- c) Omissão do Departamento de Contratação e Administração de Materiais (DECAM) na aplicação de multas contratuais solicitadas pelas Diretorias Regionais em função de atraso no atendimento de chamados para reparos nos equipamentos em garantia nas agências.

1.4. Em face da gravidade dos fatos relatados, propõe-se determinação para que a ECT suspenda imediatamente o pagamento de todas as faturas relativas a serviços prestados no âmbito do Contrato nº 11.346/2002, até que seja concluído o levantamento e cobrança das multas devidas. Propõe-se, ainda: citação dos responsáveis pela concessão indevida de reequilíbrio econômico-financeiro; audiência dos responsáveis para que justifiquem o motivo de não terem aplicado as multas devidas e de tentarem rever valores já acordados anteriormente em termo aditivo ao contrato; encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público da União e à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que investiga as denúncias de corrupção na ECT, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

2. INTRODUÇÃO

2.1. O Pregão nº 042/2002-CPL/AC teve como objeto a aquisição, e prestação de assistência técnica por 24 meses, da solução de automação das agências da ECT, composta de: 8222 conjuntos contendo microcomputador, impressora autenticadora, leitor de CMC7, leitor laser de código de barras, teclado PIN e balança de correspondência; 4119 balanças de encomenda 30Kg; 1018 balanças de encomenda 50Kg; 2353 impressoras laser monocromáticas e 4324 impressoras de códigos de barra. Segundo o termo de referência nº 44/02 (anexo 1, fls. 2), a justificativa para a aquisição foi "atender à necessidade da ECT devido à Automação Postal, Bancária e compartilhamento entre os diversos Projetos Corporativos, com impacto direto nas agências dos Correios e outros órgãos da empresa". A estimativa de preços apresentou valor global de R\$ 87.807.152,75.

2.2. A sessão de pregão (anexo 1, fls. 6) realizou-se em 18/7/2002. Participaram do certame o Consórcio Alpha, constituído pelas empresas Novadata Sistemas e Computadores S.A. (líder) e Positivo Informática Ltda. e as empresas Unisys, Procomp, Itautec e IBM, sagrando-se vencedor o Consórcio Alpha. O lance final do Consórcio apresentou valor 2,5% inferior ao apresentado no início da sessão, resultando no valor global de R\$ 90.989.913,20, sendo R\$ 81.890.921,88 referente à aquisição dos equipamentos e R\$ 9.098.991,32 referente à assistência técnica por 24 meses, a contar do aceite dos equipamentos.

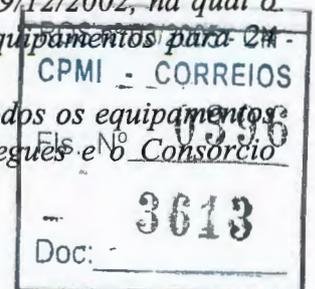
2.3. Em 2/8/2002 foi assinado o Contrato nº 11.346/2002 (anexo 1, fls. 12), cujo valor global é de R\$ 90.989.913,20 (noventa milhões, novecentos e oitenta e nove mil, novecentos e treze reais e vinte centavos), sendo estabelecido, como prazos de entrega para os lotes de equipamentos de 1 a 4, os dias 5/9/02, 20/9/02, 5/10/02 e 25/10/02.

2.4. Em 4/10/2002 o Contratado solicitou o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em 18,64% (anexo 2, fls. 2). Esta solicitação foi analisada diversas vezes na ECT e por fim atendida parcialmente em 23/11/2004.

2.5. Em 10/12/2002 foi firmado o 1º Termo Aditivo ao Contrato (anexo 1, fls. 32), alterando as especificações dos equipamentos por outros similares e homologando os prazos de entrega dos lotes de 1 a 4 para 23/9/02, 8/10/02, 23/10/02 e 12/11/02, devido às razões apresentadas no relatório GT/PRT/PR-147/02-01/2002 (anexo 1, fls. 51).

2.6. Em 21/1/2003 (anexo 1, fls. 59), o prazo do lote 2 foi ajustado para o dia 12/12/02 e os dos lotes 3 e 4 para o dia 27/12/02, atendendo solicitação do Consórcio efetuada em 19/12/2002, na qual o Contratado ofereceu como contrapartida a unificação da garantia de todos os equipamentos para 24 meses após o aceite do 4º lote.

2.7. Em 7/3/2003 (anexo 1, fls. 60) iniciou-se o período de garantia de todos os equipamentos dos lotes 1 a 4. Esta foi a data em que todos os equipamentos já estavam entregues e o Consórcio



apresentou amostras de teclados PIN com as modificações propostas pela ECT, pois o Edital era dúbio com relação a algumas funcionalidades.

2.8. Em 4/6/2003 foi firmado o 2º Termo Aditivo ao Contrato (anexo 1, fls. 35), para acréscimo de 25% no valor global contratado para aquisição de mais 3592 microcomputadores, 3431 impressoras autenticadoras, 3438 leitores de código de barras, 3425 teclados PIN e 2737 leitores de CMC7. O prazo de entrega dos equipamentos foi fixado em 31/7/2003.

2.9. Em 28/7/2003 foi dado aceite dos teclados PIN, liberando a glosa de R\$ 1.564.791,00 (um milhão quinhentos e sessenta e quatro mil setecentos e noventa e um reais) (anexo 1, fls. 61).

2.10. Em 23/1/2004 foi firmado o 3º Termo Aditivo ao Contrato (anexo 1, fls. 41), para suprimir a instalação, em agências em reforma, de equipamentos adquiridos no 2º Termo Aditivo.

2.11. Em 18/5/2004 foi firmado o 4º Termo Aditivo ao Contrato (anexo 1, fls. 45) suprimindo a parte da assistência técnica em garantia dos equipamentos não instalados em razão do determinado no 3º Termo Aditivo e alterar o prazo da garantia dos equipamentos adquiridos no 2º Termo Aditivo para abranger o período de 5/12/2003 a 5/12/2005.

2.12. Em 23/11/2004 foi assinado o 5º Termo Aditivo ao Contrato (anexo 1, fls. 48) concedendo indevidamente um reequilíbrio de 6,064%, no valor de R\$ 5.517.286,97 (cinco milhões quinhentos e dezessete mil duzentos e oitenta e seis reais e noventa e sete centavos).

2.13. Considerando a necessidade de racionalização do trabalho da equipe de fiscalização, a seguir relatamos tão-somente as impropriedades graves relativas ao pregão em tela, em forma de Achados de Auditorias.

ACHADOS DE AUDITORIA

3. Achado 1 – Concessão irregular de reequilíbrio econômico-financeiro.

3.1. Situação encontrada:

Foi concedido indevidamente ao Consórcio Alpha, cujo líder é a empresa NOVADATA, reequilíbrio econômico-financeiro, com acréscimo de R\$ 5.517.286,97 (cinco milhões quinhentos e dezessete mil duzentos e oitenta e seis reais e noventa e sete centavos) no valor global do Contrato nº 11.346/02 utilizando, como argumento, súbita desvalorização do Real frente ao Dólar a partir de agosto de 2002. Percebe-se atuação irregular da Direção da ECT na condução do processo a partir do dia em que Sr. Antônio Osório Menezes Batista assumiu a Diretoria de Administração, dia este em que o pleito, que antes se encontrava em processo de indeferimento e havia sido sobrestado durante dez meses a pedido do Consórcio, foi retomado e, descartando argumentos anteriores da própria ECT pelo indeferimento, acabou por ser concedido.

3.1.1. Dentre as notícias veiculadas na imprensa sobre o suposto esquema de corrupção na ECT, no caso da aquisição dos chamados “kits de automação das agências”, o Sr. Maurício Marinho, Chefe do Departamento de Contratação e Administração de Material - DECAM, na gravação divulgada pela Revista Veja, edição de número 1905, e transcrita pela Polícia Federal, manifestou-se da seguinte forma (com os nossos destaques):

42m 13s	Marinho	Aquilo que é em cima de seu produto, como aconteceu com a NOVADATA. A NOVADATA entregou o 1º lote, o 2º lote daqueles últimos kits e aí houve uma aceleração... Acelerou o valor do Dólar, do câmbio e aí houve um desentendimento na época com o Correio; começou a atravessar o samba, um monte de gente, entendeu? O que aconteceu? Quando ela entregou o lote 3 e 4, se não me falha a memória, na planilha de custo o Dólar era 3,20, mas na data da entrega estava a 3,68... 70 e o pessoal negociando. Tava tudo parado então. E o que é que nós fizemos a pedido deles na diretoria? Eles foram lá, não aqui, não. Foram direto no homem.
43m 59s	Marinho	Com o Osório. Foram na tecnologia, a tecnologia estava meio conturbada com esse negócio. Foram no Osório; chega o Osório, Osório me chama: dá para fazer alguma coisa? Aqui se faz o reequilíbrio, é aqui. Tem economista, contador... é uma equipe que só trabalha com isso.
44m 53s	Alcom	E a NOVADATA veio e acertou direto com a Diretoria ou foi com você?

ROS Nº 03/2005 - CN -
CPM - CORREIOS
Fls. Nº 0397
3613
Doc: -

44m 47s	Marinho	Não. Foi direto com a diretoria. Mas aí foi eu, o diretor e o Godoy. Mas como tinha que fazer um negócio e era um negócio grande, foi o Godoy que saiu.
---------	---------	---

3.1.2. Em observação ao processo de reequilíbrio, verificamos que, em 4/10/2002, menos de três meses após a licitação, o Contratado encaminhou carta à ECT (anexo 2, fls. 2) onde solicitou o reequilíbrio econômico financeiro do contrato no valor de R\$ 16.967.765, 93 (dezesesseis milhões, novecentos e sessenta e sete mil, setecentos e sessenta e cinco reais e noventa e três centavos) alegando que “evidenciada a onerosidade excessiva é imprescindível a revisão contratual para adequar, em bases razoáveis, as prestações recíprocas das partes contratantes no percentual de 18,648 %”. O argumento do Contratado era de que havia ponderado um preço médio do dólar a R\$ 2,8628 para fornecimento dos quatro lotes de equipamentos e este preço chegou a R\$ 3,6952 no dia anterior à solicitação. Segundo o Contratado, a concessão do reequilíbrio encontrava amparo no inciso XXI do Art. 37 da Constituição Federal, que prevê que devem ser “mantidas as condições efetivas da proposta” e na situação de imprevisão exposta na alínea “d” do inciso II do Art. 65 da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

...

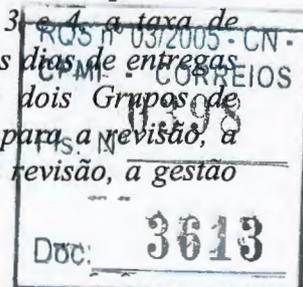
II – por acordo das partes:

...

d) 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 equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

3.1.3. Em 20/11/2002, o Grupo de Trabalho 128/2001 coordenado pelo Sr. Eduardo Medeiros de Moraes, foi designado para avaliar a solicitação e produziu o Relatório 034/2002 (anexo 2, fls. 7), fixando o valor do reequilíbrio devido em R\$ 11.172.535,91 (onze milhões, cento e setenta e dois mil quinhentos e trinta e cinco reais e noventa e um centavos). A equipe técnica do Grupo tinha perfil fortemente financeiro e fez sua avaliação considerando os aspectos estritamente econômicos da situação, verificando as variações de preços dos componentes nas diversas datas de importação e, após inúmeras ponderações matemáticas dos diversos percentuais de variação, obteve o percentual médio de 12,278%. O Consórcio havia pedido que fosse utilizado o percentual relativo à variação do dólar até a data da solicitação de reequilíbrio (R\$ 3,6952), mas, considerando as datas de importação efetivas dos componentes, o grupo obteve percentuais bastante distintos para o 1º e 2º lotes. Como os lotes 3 e 4 ainda não haviam sido entregues, a ECT e o Consórcio acordaram, em 14/11/2002 (anexo 3, fls. 46), em fixar o valor futuro o dólar a R\$ 3,40 para proceder os cálculos de variação destes dois lotes. Embora o Grupo tenha manifestado que “o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro Contrato nº 11.346/2002, celebrado com o consórcio Alpha, encontra amparo legal e contratual”, há, no relatório somente uma rápida referência de que a solicitação do consórcio estava amparada na “Lei nº 8.666, de 1993, em seu Art. 65, Inciso II, alínea ‘d’”. Não há qualquer avaliação da imprevisão do ocorrido, dos fundamentos da solicitação ou do seu enquadramento jurisprudencial. Tais avaliações deveriam ter sido exigidas ou providenciadas pelo coordenador do Grupo, e abordadas posteriormente pelo Departamento Jurídico.

3.1.4. Em função de mudanças de administração no governo federal e na diretoria da ECT, nova avaliação foi encomendada a um segundo Grupo de Trabalho (244/2002) que, em 10/1/2003, por meio do Relatório 016/2003 (anexo 2, fls. 17), ratificou totalmente a decisão do primeiro Grupo, novamente não procedendo análise quanto à legalidade do pleito ou da imprevisão do ocorrido. Mesmo após todos os lotes terem sido entregues, o Grupo achou por bem considerar, para os lotes 3 e 4, a taxa de conversão do dólar a R\$ 3,40, acordada anteriormente, ao invés das taxas efetivas nos dias de entrega dos equipamentos, que foram maiores (aproximadamente R\$ 3,54). Nenhum dos dois Grupos de Trabalho avaliou a aderência da solicitação aos fundamentos legais e doutrinários para a revisão, a legalidade ou ilegalidade da aplicação da variação cambial como fundamento para a revisão, a gestão



de riscos inerentes à atividade comercial, a existência de instrumentos financeiros de mercado para proteção contra a variação do dólar e nem sequer a inexistência de disponibilidade orçamentária para atendimento do pleito. Não obstante as fragilidades da análise, o DEJUR (Departamento Jurídico) opinou, em 30/1/2003, no Parecer DEJUR/DJTEC-018/2003 (anexo 2, fls. 19), pelo deferimento do reequilíbrio nos moldes indicados pelos Grupos de Trabalho 128/2001 e 244/2002.

3.1.5. Em 4/6/2003 foi firmado o 2º Termo Aditivo ao Contrato (anexo 1, fls. 35), acrescentando 25% ao valor global contratado, para aquisição de equipamentos **melhores** que os inicialmente adquiridos, porém com preços em média **10,98% menores** que os inicialmente contratados. Em razão deste fornecimento, o Diretor de Administração à época, sr. Gabriel Pauli Fadel solicitou uma terceira análise, e indicou para isso o Grupo de Trabalho 170/2003. Em seu despacho de encaminhamento (anexo 2, fls. 25), o Diretor considerou, dentre outros aspectos, a inadequação da simples aplicação da variação cambial, sendo necessária “pesquisa de mercado para análise concludente sobre a real variação dos preços”, além da existência de mecanismos de proteção que podem ser adotados pelas empresas com relação à variação do dólar e da inexistência de disponibilidade orçamentária para a concessão.

3.1.6. Em 18/7/2003 o terceiro Grupo de Trabalho designado para analisar o pedido de reequilíbrio (GT 170/2003), coordenado pela sra. Tânia Regina Teixeira Munari, apresentou relatório muito bem embasado (anexo 2, fls. 27) que **concluiu pela total improcedência do pleito**. Dentre os argumentos utilizados pelo GT para indeferimento do pleito podemos destacar:

d) **não aderência aos fundamentos legais e doutrinários para a revisão**, sendo destacado no relatório, em citação a Diógenes Gasparini:

“O gravame causado pela determinação deve ser de tal grandeza que dificulte sobremaneira a execução ou mesmo impossibilite a continuidade do vínculo. Se não for dessa natureza, nenhuma relevância tem para a ordem jurídica, e sequer se presta para justificar a revisão do contrato. O contratado deve suportar os riscos normais do negócio em que está envolvido. (in Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 5ª ed., pg. 543, apud)”;

e) **ilegalidade da aplicação da variação cambial como fundamento para a revisão**, citando inclusive a Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, parágrafo único do art. 1º:

“Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:
I – pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;”

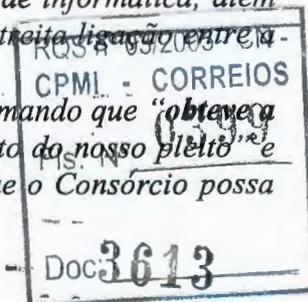
f) **gestão de riscos inerentes à atividade comercial**, na qual “quanto maior o retorno maior será o risco”;

g) **existência de instrumentos financeiros de mercado para proteção contra a variação do dólar**, tais como hedge, mercado futuro, mercado a termo, opção, e swaps. O relatório informa que estes mecanismos são utilizados pela própria ECT para sua própria proteção nos seus contratos em dólar;

h) **inexistência de disponibilidade orçamentária para a concessão**.

Não obstante sua cuidadosa avaliação, o Grupo acabou por concluir que não era possível fazer, na época, uma pesquisa de mercado para conhecer a real variação dos preços dos equipamentos, pois tentou “fazer uma pesquisa atual com os preços da época passada” e, por isso, obteve “propostas de apenas 01 empresa, e que a mesma, provavelmente, está ciente de que a pesquisa está sendo feita apenas para repactuação contratual”, de sorte que “tal análise fica prejudicada”. Entendemos, todavia, que a abordagem deste item, particularmente, foi equivocada, pois era possível sim levantar, no mercado, a variação ocorrida nos custos dos componentes utilizados para a fabricação dos equipamentos fornecidos e também a variação geral dos preços dos equipamentos de informática, além de ser possível verificar, nas notas fiscais e guias de importação, se tinha havido estreita ligação entre a variação do preço dos componentes e a variação do preço da moeda americana.

3.1.7. Em 6/8/2003, o Consórcio enviou carta à ECT (anexo 2, fls. 54) informando que **“obteve informação de que esta nova comissão teria opinado contrariamente ao atendimento do nosso pleito”** e solicita o **“SOBRESTAMENTO do processo administrativo em questão, afim de que o Consórcio possa**



instruir com novos documentos o pedido". O sobrestamento foi deferido em 8/8/2003 (anexo 2, fls. 56), e estes "novos documentos" jamais foram apresentados.

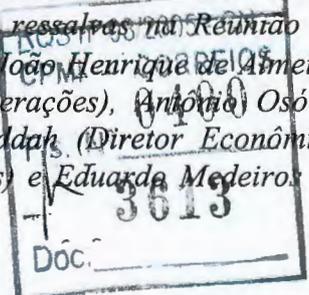
3.1.8. *Em 18/5/2004 o Consórcio encaminhou carta (anexo 2, fls. 57) ao "Ilmo. Sr. M.D. Antonio Osório Menezes Batista – Diretor de Administração" solicitando que o processo de reequilíbrio fosse retomado. Acontece que o Sr. Antônio Osório Menezes Batista conforme Decisão do Conselho de Administração (anexo 2, fls. 67), só tomou posse na Diretoria de Administração no dia 19/5/2004, portanto um dia após o envio da carta do Contratado para sua pessoa. Ou seja, o processo ficou sobrestado durante 10 meses a pedido do Contratado, a mais interessado no andamento do processo, que só teve a tranqüilidade de retomá-lo quando soube antecipadamente que o Sr. Antônio Osório Menezes Batista assumiria a Diretoria de Administração, e aí o fez imediatamente. Na carta apresentada, o Consórcio alega que conseguiu melhores preços junto aos seus fornecedores, que o valor da moeda americana havia retornado aos patamares de julho de 2002 e que não havia como utilizar mecanismos do mercado financeiro para se proteger da variação do dólar.*

3.1.9. *O novo Diretor de Administração então, por meio do Departamento de Contratação e Administração de Material (DECAM), encaminhou (anexo 2, fls. 69) o pedido para reanálise pelo mesmo Grupo de Trabalho (GT 170/2003) que anteriormente havia opinado pelo indeferimento. Em 1/9/2004, o Grupo de Trabalho resolveu consultar (anexo 2, fls. 70) o Departamento Jurídico sobre a tese de gerenciamento de risco, consulta esta que o Grupo não havia achado necessária quando concluiu anteriormente pela improcedência do pedido. É importante perceber que o processo então passou a ter acompanhamento sistemático do Diretor de Administração que chegou a rubricar "de acordo" nesta simples consulta.*

3.1.10. *Em 6/9/2004, em resposta à consulta, o DEJUR, mediante a Nota Jurídica DEJUR/DJTEC-956/2004 (anexo 2, fls. 79), afirmou laconicamente, sem apresentação de qualquer análise legal ou jurisprudencial, que a "tese não pode prosperar", "por que a Lei 8.666, ao tratar do reequilíbrio econômico-financeiro, não excepcionou a prévia obrigatoriedade de a contratada se proteger de uma eventual variação cambial por intermédio de mecanismos financeiros, além de não constar do Edital ou Contrato esta exigência". Esta análise destaca-se das demais do DEJUR pela sua velocidade de produção (quatro dias úteis) e pela falta de embasamento técnico e jurídico da nota, característica comum que faz com que os as conclusões do Departamento sejam acatadas.*

3.1.11. *Diante da citada Nota Jurídica o Grupo de Trabalho 170/2003, por meio do Relatório 058/2004, de 23/9/2004 (anexo 2, fls. 84), descartou a tese de gerenciamento de risco. O Grupo de Trabalho também acatou o argumento do Contratado, encaminhado por intermédio da CI/DEBAN-0523/2004 (anexo 2, fls. 81), de que "para obter preços melhores, supomos que o Consórcio Alpha fez melhor negociação com seus fornecedores do que quando do primeiro fornecimento, conforme eles mesmos afirmam" e, por isso, concluiu o Grupo que "o Termo Aditivo em referência não serve como fundamento para negar o pleito de reequilíbrio". Diante dos argumentos encaminhados pelo DEJUR e pelo DEBAN, o Grupo mudou sua interpretação inicial e concluiu então ser devido o acréscimo no contrato. Entretanto o Grupo considerou que era previsto, à época da licitação, pelo Banco Central do Brasil, um valor de dólar em torno de R\$ 3,10 no "período que abarca a contratação", e que, portanto a imprevisibilidade do ocorrido se deu apenas após este valor. O GT concluiu, então, que o total da recomposição devida, em função da variação do preço do dólar de julho a dezembro de 2002, era 6,064% e não 12,278%, gerando uma economia de R\$ 5.655.248,94 (cinco milhões seiscentos e cinquenta e cinco mil duzentos e quarenta e oito reais e noventa e quatro centavos) em relação ao proposto pelos dois primeiros Grupos de Trabalho.*

3.1.12. *De posse do Relatório do Grupo de Trabalho 170/2003 e de parecer favorável do DEJUR emanado em 25/10/2004 (anexo 2, fls. 100), o Sr. Diretor de Administração produziu o Relatório/DIRAD-133/2004 (anexo 2, fls. 104), opinando pela concessão do reequilíbrio em 6,064%, totalizando R\$ 5.517.286,97 (cinco milhões quinhentos e dezessete mil duzentos e oitenta e seis reais e noventa e sete centavos). O reequilíbrio foi autorizado pela Diretoria sem ressalvas na Reunião da Diretoria de 17/11/2004 (anexo 2, fls. 115), à qual estavam presentes os Srs. João Henrique de Almeida Sousa (Presidente da ECT), Maurício Coelho Madureira (Diretor de Operações), Antônio Osório Menezes Batista (Diretor de Administração), Ricardo Henrique Suñer Caddah (Diretor Econômico Financeiro), Robinson Koury Viana da Silva (Diretor de Recursos Humanos) e Eduardo Medeiros de*



Morais (Diretor de Tecnologia e Infra-Estrutura). O 5º Termo Aditivo (anexo 1, fls. 48) foi firmado em 23/11/2004 e assinaram pela ECT: o Presidente João Henrique de Almeida Sousa e o Diretor de Administração Antônio Osório Menezes Batista.

3.1.13. Cabe a partir daqui uma detalhada análise da mudança da postura da ECT em relação ao pedido e dos argumentos utilizados pelo Contratado para deferimento do pleito. A presente consideração parte de entendimento já consagrado de que a alteração de contrato para restabelecer equilíbrio econômico-financeiro é prática amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro e a ela não cabe contestação, já que é instrumento previsto explicitamente na Lei. Entretanto, o contrato, cuja minuta foi publicada no edital do Pregão, é o instrumento regulatório definitivo da relação de fornecimento, só podendo ter suas cláusulas revistas em casos excepcionais, para atender estritos ditames legais. Portanto, para a sua alteração, tem que ficar demonstrado inquestionavelmente que foram apresentados todos pressupostos cabíveis, e, sobre eles, não pode haver qualquer dúvida. Desta forma, estando afastada a hipótese de elevação extraordinária de tributos e de mudança onerosa das exigências contratuais pelo contratante, resta a hipótese de terem ocorrido “fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis”, e que estes fatos foram “retardadores ou impeditivos da execução do ajustado”. Nota-se que a ECT, nos relatórios dos dois primeiros Grupos de Trabalho e, posteriormente, a partir do momento em que a Diretoria de Administração foi assumida pelo Sr. Antônio Osório Menezes Batista, não atuou no sentido de apurar a necessária observância dos pressupostos.

3.1.14. O fato central para que a gestão anterior da Diretoria de Administração (Sr. Gabriel Pauli Fadel) submetesse o pleito a nova análise do GT 170/2003 – que acabou concluindo na época pelo indeferimento – foi o fornecimento pelo Consórcio, quando da assinatura do 2º Termo Aditivo, de computadores com características superiores e preço em média **10,98% menores** que os inicialmente contratados. Este aspecto merece ampla análise, pois a tese de reequilíbrio baseia-se na justa remuneração pela Administração Pública ao fornecedor pelo produto entregue. Portanto, antes que fosse iniciada discussão acerca da imprevisão, caberia ao Consórcio demonstrar o aumento extraordinário dos seus custos de produção, que poderiam vir a retardar ou impedir a execução do ajustado, e também a vinculação deste aumento à variação do preço do dólar. Entretanto, a capacidade de fornecimento pelo Consórcio de equipamentos melhores e mais baratos do que os originais demonstra justamente o contrário, ou seja, que os custos da produção de microcomputadores e periféricos sofreram redução ao longo do tempo. O próprio Consórcio é categórico quanto a este aspecto em sua carta de 18/4/2002: **“como é de domínio público, os bens de informática têm como tendência iniciar decréscimo em seus valores ao longo do tempo, em razão do aparecimento de novas tecnologias”**. É importante ressaltar ainda que o Consórcio não foi obrigado pela ECT a fornecer os microcomputadores do 2º Termo Aditivo por este valor mais reduzido, muito pelo contrário. Conforme informado na CI CI/DEBAN-0523/2004, o Departamento do Banco Postal já estava fazendo levantamentos para a confecção de novo Edital de licitação, quando a Novadata, que estava “acompanhando o processo que estava para ser aberto”, “apresentou uma proposta para nos entregar a quantidade de equipamentos que nós iríamos licitar, dentro de um novo aditivo do contrato que estava vigente”. Porém, segundo a Novadata, em sua carta de 18/5/2004, “o orçamento disponível para esse adicional não alcançaria o preço integral caso considerado o valor unitário de cada equipamento no contrato original”. Por isso o Consórcio resolveu fornecer todos os equipamentos a preço mais baixo e, assim, evitar a licitação.

3.1.15. Considerando o fornecimento de equipamentos de informática decorrente o 2º Termo Aditivo e analisando o caso dos microcomputadores, é possível demonstrar claramente que não se sustenta a tese de que os preços dos equipamentos de informática acompanham linearmente os preços do dólar. Quando apresentou sua proposta, o Consórcio estimou o dólar em média a R\$ 2,8628 na época dos fornecimentos e com esta estimativa calculou o preço de R\$ 2.617,54 para o microcomputador. Quando apresentou sua proposta para o fornecimento de mais 25% em equipamentos, em 29/5/2003 (anexo 2, fls. 120), o Contratado cotou o microcomputador a R\$ 2.218,05. Em contrapartida, temos que o dólar, em 29/5/2003, estava cotado a R\$ 2,9498, portanto 3% maior que o estimado inicialmente pelo consórcio. Ora, se o preço do dólar fosse a única variável determinante no preço dos microcomputadores, estes deveriam ter sido cotados a R\$ 2.696,17, mas, ao invés disso, foram cotados a R\$ 2.218,05, ou seja, 17,73% a menos. Isto derruba completamente a tese de que a variação do dólar é justificativa suficiente para o reequilíbrio.

3.1.16. O Consórcio foi claro em afirmar que o preço dos bens de informática sofre decréscimo ao longo do tempo. Então claramente é possível estender este raciocínio também para período de julho a dezembro de 2002, quando foram feitas as entregas dos computadores. Considerando que o preço dos computadores decresceu 17,73% em 10 meses, é possível deduzir que ele tenha decrescido em 8,87% em 5 meses. Este comportamento linear de redução dos preços proporcionalmente ao tempo tem se confirmado desde 1965, quando Gordon Moore, co-fundador da fabricante de microprocessadores Intel (que fabrica o Celeron – processador utilizado nos microcomputadores em questão), fez um estudo prevendo que a capacidade dos computadores dobraria a cada dois anos, com manutenção do preço e que este comportamento mantém-se no tempo, conforme gráfico (anexo 2, fls. 125) apresentado em artigo Publicado na revista “Eletronics” (Moore, Gordon in “Electronics, Volume 38, Número 8, de 19 de Abril de 1965). Também Bill Gates, em seu livro “A Estrada para o Futuro” (Companhia das Letras, SP, 1995) apresentou gráfico (anexo 2, fls. 127) mostrando que este comportamento, que passou a ser conhecido por “Lei de Moore”, foi válido até pelo menos 1995. A Intel (anexo 2, fls. 128) confirma que o princípio continua válido: “a Intel continua a aplicar os princípios da Lei de Moore, conseguindo níveis mais elevados de integração e produzindo um fluxo constante de chips menores, mais rápidos e mais baratos, trazendo crescimento exponencial à computação e às comunicações para consumidores e empresários em todo o mundo” (http://www.intel.com/portugues/intel/intelbrasil/intelbrasil_1.htm, 09/2005). É importante ressaltar que os microprocessadores são utilizados não só nos computadores, mas também em quase todos equipamentos eletrônicos (onde são utilizados como “circuitos integrados”), portanto uma redução em seus preços causa uma redução em praticamente todos os equipamentos de informática. No Quadro de Evolução de Preços de Computadores nos EUA (anexo 2, fls. 130), podemos verificar a evolução dos preços dos processadores Intel no mercado americano no período de julho a dezembro de 2002. A redução média dos preços dos processadores foi de 27%. É possível perceber também que o Celeron de 1,3Ghz, que é o processador mais próximo do oferecido pelo Consórcio, sofreu uma **redução de 42,38%**, conforme pode ser verificado no Gráfico 1.

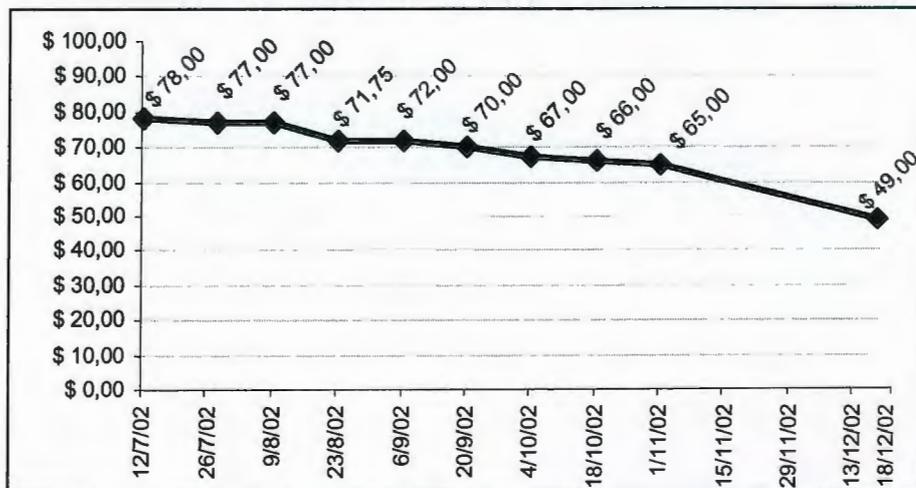
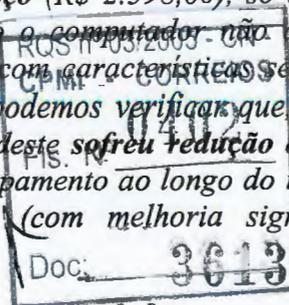


Gráfico 1: Variação do preço do processador Celeron 1.3 GHz nos EUA de julho a dezembro de 2002

3.1.17. Em publicações de informática reconhecidas nacionalmente, podemos comprovar, mediante a verificação de anúncio de preços de computadores (anexo 2, fls. 131 a 148), que a variação do dólar não foi suficiente para causar a variação de preço de equipamentos de informática de julho a dezembro de 2002. Na prestigiada revista InfoExame (Ed. Abril), um conjunto contendo uma impressora, um scanner e um microcomputador utilizando processador de 1 GHz e outras características semelhantes às do Edital era anunciado por R\$ 2.398,00 em julho de 2002. **O mesmo conjunto aparece anunciado nas edições de julho, agosto, outubro e novembro pelo mesmo preço (R\$ 2.398,00), só apresentando pequena variação de 3,71% na edição de setembro. Em dezembro o computador não aparece mais anunciado com as mesmas características. Um outro equipamento, com características semelhantes às especificadas no Edital, foi anunciado em dólar na publicação, e podemos verificar que mesmo com significativa melhoria do equipamento ao longo do tempo, o preço deste sofreu redução de 22,9% em dólar de julho a dezembro de 2002. As reduções de preço deste equipamento ao longo do tempo foram: 5,01% em agosto, 16,70% em setembro, 16,91% em outubro (com melhoria significativa no**



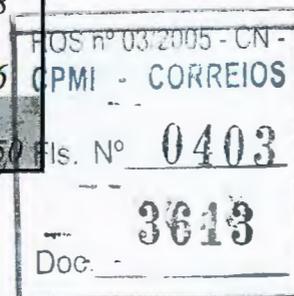
equipamento), 21,29% em novembro (equipamento melhor) e 22,96% em dezembro (equipamento melhor). Esta realidade pode ser verificada para diversos outros equipamentos anunciados. É importante observar que não se está comparando aqui os preços dos equipamentos anunciados com o preço dos equipamentos fornecidos pelo Consórcio, mas apenas a variação do preço dos mesmos equipamentos anunciados, ao longo do período considerado.

3.1.18. O Índice IPC-BR, apurado pela Fundação Getúlio Vargas, que mede a variação de preço de itens específicos também contribui para mostrar que o preço dos computadores e periféricos não teve variação extraordinária de julho a dezembro de 2002, em função da variação do preço do dólar. Na Tabela 1 abaixo, podemos verificar que o preço dos computadores e periféricos variou 5,59% de julho a dezembro de 2002, enquanto o IPC-BR geral acumulado foi de 8,97%. Podemos notar, portanto, que o preço dos equipamentos de informática variou menos que o índice geral de preços e também menos do que muitos produtos cujos componentes não são importados, tais como: móveis residenciais (7,56%), tapetes (9,87%), água sanitária (8,69%), esponja de aço (8,45%), sabão em barra (21,20%), colchão (18,01%) fogão (8,64%) e ventilador (12,50%). Cabe ressaltar que a FGV mede o custo de aquisição de um computador médio novo nas cidades pesquisadas e, como foi mostrado anteriormente, a cada mês são adquiridos produtos melhores que o do mês anterior. Mesmo assim, a variação do preço dos equipamentos de informática não apresenta diferença em relação à variação de outros itens cujos componentes não são importados nem têm sua configuração aprimorada. Portanto, assim como não caberia reequilíbrio econômico-financeiro para fornecimento dos outros itens apresentados na Tabela, também não se deve aplicar a recomposição no caso dos equipamentos de informática.

Tabela 1: Variação percentual do IPC-BR – FGV no período de julho a Dezembro de 2002.

MÊS	Comp u- tadore s e perife- ricos	Acum u- lado	IPC- BR GER AL	Acum u- lado	Móvei s reside- n- ciais	Acum u- lado	Tape te	Acum u- lado	Água sanit- ária	Acum u- lado
Jul/02	0,76	0,76	1,03	1,03	1,00	1,00	1,28	1,28	1,21	1,21
Ago/02	1,69	2,46	0,76	1,80	0,27	1,27	1,85	3,15	0,93	2,15
Set/02	0,95	3,44	0,66	2,47	0,03	1,30	1,85	5,06	1,61	3,80
Out/02	0,68	4,14	1,14	3,64	1,08	2,40	0,40	5,48	1,20	5,04
Nov/02	1,21	5,40	3,14	6,89	3,17	5,64	2,79	8,43	1,47	6,59
Dez/02	0,18	5,59	1,94	8,97	1,81	7,56	1,33	9,87	1,97	8,69

MÊS	Espon ja de aço	Acum u- lado	Sabão em barra	Acum u- lado	Col- chão	Acum u- lado	Fogã o	Acum u- lado	Vent i- lador	Acum u- lado
Jul/02	-0,75	-0,75	0,70	0,70	1,75	1,75	1,24	1,24	1,30	1,30
Ago/02	1,73	0,97	2,44	3,16	1,26	3,03	0,66	1,91	0,56	1,87
Set/02	-0,42	0,54	2,18	5,41	2,83	5,95	-0,16	1,75	1,88	3,78
Out/02	0,99	1,54	3,89	9,51	3,21	9,35	2,07	3,85	2,02	5,88
Nov/02	1,54	3,10	4,14	14,04	6,42	16,37	1,75	5,67	2,34	8,36
Dez/02	5,19	8,45	6,28	21,20	1,41	18,01	2,81	8,64	3,82	12,50



3.1.19. O Art. 65 da Lei nº 8.666/1993 é claro em afirmar que as alterações são justificáveis “na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe”. Claro então está que deve haver estrita ligação entre o fato alegado e o desequilíbrio causado. Entretanto, no conjunto de notas fiscais e guias de importação apresentadas pela empresa Novadata para justificar o pedido de reequilíbrio contratual (anexo 2, fls. 156 a 194), verifica-se que não pode ser estabelecida qualquer relação entre o preço que seria pago pelo Consórcio pelos equipamentos ou componentes, caso estes sofressem estrita influência da variação do dólar, e o preço real pago pelo Consórcio por estes equipamentos. Na tabela 2 são apresentadas as diferenças máximas verificadas entre o valor real pago pelo Consórcio por alguns equipamentos cujos preços foram considerado revisáveis pelos Grupos de Trabalho da ECT e o valor teórico que seria pago caso o preço destes equipamentos variasse exclusivamente em função da variação do dólar, tomando como base os preços dos componentes em dólar apresentados nas planilhas de custos da empresa Novadata (anexo 2, fls. 149 a 155). Nesta tabela fica claro que a variação do preço do dólar não foi determinante para a variação do preço dos equipamentos listados, podendo-se perceber também que todas variações, com exceção do CD-ROM, foram negativas, chegando ao percentual de -42,25% no caso dos Teclados PIN.

Tabela 2: Comparativo entre os preços teórico dos equipamentos considerando a variação em dólar e seu preço real.

Equipamento Componente	Data da aquisição	Preço do equipamento/ componente em dólares na época da proposta	Preço teórico a ser pago pelo Consórcio considerando o valor do dólar na data de aquisição	Preço real pago pelo Consórcio na data da aquisição	Diferença ^a
Royalties Microsoft	10/8/2002	\$ 124,77	R\$ 467,48	R\$ 430,87	-7,83%
CD-ROM	14/8/2002	\$ 16,98	R\$ 54,28	R\$ 63,61	17,20%
Processador	20/8/2002	\$ 43,15	R\$ 133,43	R\$ 130,80	-1,97%
Placa de rede	20/8/2002	\$ 21,83	R\$ 67,50	R\$ 66,18	-1,97%
HD	9/10/2002	\$ 70,00	R\$ 269,64	R\$ 233,21	-13,51%
Teclado ABNT	22/10/2002	\$ 44,26	R\$ 175,06	R\$ 148,67	-15,07%
Monitor	30/9/2002	\$ 107,00	R\$ 416,75	R\$ 288,90	-30,68%
Impressora cod barras	7/10/2002	\$ 405,95	R\$ 1.605,61	R\$ 1.244,33	-22,50%
Software da impressora cod barras	22/10/2002	\$ 214,00	R\$ 846,41	R\$ 795,41	-6,03%
Suporte vertical do leitor cod barras	7/10/2002	\$ 19,93	R\$ 78,83	R\$ 68,97	-12,50%
Impressora laser	29/10/2002	\$ 462,00	R\$ 1.765,35	R\$ 1.443,24	-18,25%
Tonner da impressora laser	23/10/2002	\$ 276,00	R\$ 1.068,23	R\$ 814,86	-23,72%
Teclado PIN	13/9/2002	\$ 201,61	R\$ 635,19	R\$ 366,81	-42,25%
Impressora autenticadora	20/9/2002	\$ 478,00	R\$ 1.638,44	R\$ 1.036,00	-36,77%

3.1.20. Nas notas fiscais e guias de importação analisadas e consolidadas no Quadro Comparativo entre os Preços Reais de Aquisição e Preços Teóricos em Função da Variação do Dólar (anexo 2, fls. 195), que é uma versão mais completa da Tabela 2, fica clara a disjunção entre a variação do dólar e a variação do preço dos equipamentos. Observa-se, no Quadro, que o Monitor foi adquirido

pelos mesmos preços (R\$ 288,90) em várias datas diferentes, nas quais o dólar variou entre R\$ 3,1239 e R\$ 3,8949. O mesmo ocorreu com outros equipamentos (Teclado PIN, Teclado ABNT, Impressora autenticadora). Além disso, todos os equipamentos analisados apresentaram percentuais de variação de preço discordantes do seu custo teórico em reais, tomando como base o dólar nas várias datas em que foram feitas suas aquisições, demonstrando mais uma vez a desvinculação entre o preço do dólar e o preço dos equipamentos. No caso dos processadores e das placas de rede, a diferença de variação verificada é reduzida, entretanto é importante notar que, conforme se observa no item 3.1.16, o preço dos processadores tende a reduzir-se bastante ao longo do tempo e o Consórcio só apresentou as guias de importação de processadores adquiridos até 5/9/2002 e de placas de redes adquiridas até 20/8/2002. Por fim, embora o preço dos equipamentos tenha variado ao longo do tempo, esta simples variação não é razão suficiente para a aplicação da teoria da imprevisão à luz da Lei nº 8.666/1993, pois claro está que não há relação determinante entre a variação do preço do dólar e a variação do preço dos equipamentos, haja vista que os preços de vários outros equipamentos não vinculados ao dólar também variaram ao longo do tempo, conforme se depreende do item 3.1.18 e da Tabela 1.

3.1.21. Embora esta demonstração de que não houve, no caso em questão, relação linear entre o aumento do dólar e o aumento dos preços dos equipamentos de informática já seja suficiente para mostrar a clara inadequação da concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, outras análises podem ser feitas para mostrar a inviabilidade da aplicação do previsto no Art. 65 da Lei nº 8.666/93 no caso em tela.

3.1.22. Para justificar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro, o Consórcio alega que a elevação do preço do dólar a partir de julho de 2002 encaixa-se dentre os “fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”, previstas no art. 65, II, d da Lei 8666/93. Dentre as suas justificativas para a solicitação de revisão, o Consórcio apresenta, em sua carta de 4/10/2002, o argumento de que havia utilizado a revista “Suma Econômica” (Ed. Tama) nº 290 de junho de 2002, para estimar o valor do dólar na época de entrega dos equipamentos, e alega que as cotações previstas de dólar eram: “R\$ 2,764 (ago/02), R\$ 2,859 (set/02) e R\$ 2,896 (out/02)”. Analisando-se a citada publicação, podemos observar, na página 16 (anexo 2, fls. 198), que a previsão do dólar oficial para junho/02 era de R\$ 2,616. Entretanto, à época da elaboração da proposta (17/07/2002), já existia informação de que o dólar oficial havia ficado em R\$ 2,844 em junho (anexo 2, fls. 203), conforme a edição de julho da citada publicação (edição nº 291), apresentando uma variação de 8,72% acima do que era previsto na edição anterior (R\$ 2,616). Saliente-se que:

a) a própria publicação admite imprecisões na sua avaliação quando ressalta:

“Todas as análises e estatísticas são cuidadosamente preparadas pela equipe de SUMA ECONÔMICA, de acordo com os últimos dados disponíveis no seu fechamento. Contudo, o uso destas informações para fins comerciais ou de investimento é de exclusiva responsabilidade e risco dos seus usuários”;

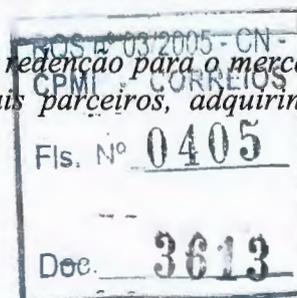
b) a tendência de alta do dólar já havia sido apontada na mesma edição de junho, na página 3 (anexo 2, fls. 197):

“PRINCIPAIS TENDÊNCIAS

- taxa de câmbio volátil e ascendente;
- (...)”

c) conforme informações da própria editoria da revista (anexo 2, fls. 200), a publicação chega aos clientes até no máximo no dia 12 de cada mês, portanto, já estava disponível quando da elaboração da proposta. Esta periodicidade de distribuição já se verificava pelo menos desde maio de 2002, conforme revela consulta a notícias antigas efetuada no site “<http://www.avisite.com.br/noticias/maisnotss.asp?CodCategoria=&CodNoticia=1538&Mes=5&Ano=2002>” (anexo 2, fls. 201), que relata:

“Campinas, 17 de Maio – ‘O ano de 2002 promete ser o ano de redenção para o mercado de carnes brasileiro. A Rússia será um dos nossos principais parceiros, adquirindo, principalmente, carne suína e de frango.’”



O texto acima se encontra na edição de maio corrente da publicação especializada “Suma Econômica” e revela um otimismo que, com certeza, deve contagiar os investidores alheios à realidade do setor.”

(Grifos nossos).

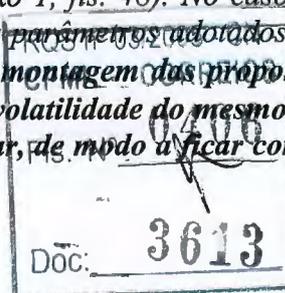
Portanto edição mais atual da revista Suma Econômica já estava disponível na época em que o Consórcio preparou sua proposta e deveria ter sido consultada como fonte muito mais confiável de informação, já que a edição anterior havia falhado em sua previsão do dólar para junho e por ser o momento de incertezas econômicas e de volatilidade cambial. Esta edição de julho de 2002 de Suma Econômica previa o dólar a R\$ 3,271 em agosto de 2002, R\$ 3,414 em setembro de 2002 e a R\$ 3,498 em outubro de 2002 (anexo 2, fls. 203) e também indicava uma taxa de volatilidade do dólar em 5,57% e ascendente (anexo 2, fls. 204). Considerando os valores previstos, e utilizando a mesma metodologia de ponderação utilizada pelo Consórcio para calcular o valor do dólar de sua proposta, descrita na carta de 18/5/2002 (anexo 2, fls. 2), é possível calcular uma taxa de dólar de R\$ 3,4334 para a empresa Novadata e R\$ 3,4565 para a empresa Positivo. Tais cotações ficam muito acima das taxas de R\$ 3,1512, R\$ 3,4277 e R\$ 3,40000 consideradas como imprevisíveis no Relatório GT/PRT/PR-170/2003-058/2004, que concluiu pelo deferimento. Por outro lado, a volatilidade do câmbio e o risco dela decorrente são inerentes à atividade comercial, e, conhecendo os cenários adequadamente, o Consórcio deveria considerar, além de previsões mais recentes, as possibilidades de perdas e ganhos em torno de 5,57% (-2,79% a +2,79% - taxa de volatilidade conhecida) na hora de montar sua proposta comercial. Assim sendo, o Consórcio poderia ter um lucro mais expressivo se o dólar ficasse cotado a R\$ 3,3490 (-2,79% sobre a média dos preços das empresas) e menos expressivo caso ficasse cotado a R\$ 3,5409 (+2,79% sobre a média dos preços das empresas). Até mesmo o valor real do dólar na data de entrega do 3º e 4º lotes – R\$ 3,5333 (valor desconsiderado pelo GT 170/2003 para concessão da recomposição de 6,064%) – ficou dentro desta faixa. A possibilidade de o Contratado obter a edição de julho de 2002 da citada publicação não é apenas teórica, pois a edição da outra publicação utilizada pelo Consórcio para suas previsões – Cenários, da editora BBT – é justamente de julho de 2002 (anexo 2, fls. 206). No caso deste segundo periódico utilizado, entretanto, o Consórcio optou por fazer uma ponderação equilibrada entre o cenário otimista (que previa o dólar a R\$ 2,80 na época da maioria das aquisições para fornecimento) e o cenário pessimista (que previa o dólar a R\$ 3,50 na época dos fornecimentos) listados na publicação, chegando ao valor de R\$ 2,87, mesmo tendo boletim informado que o cenário a se considerar deveria ser o pessimista:

“Embora ainda alimentemos uma visão cautelosamente otimista em relação ao médio prazo, é inegável que o curto prazo reserva poucas boas notícias nessas duas frentes [...]

Assim, a perspectiva é de manutenção das pressões sobre a taxa de câmbio [...]

Portanto, as perspectivas de melhora do ambiente de consumo e produção interna continuam pouco positivas para esta segunda metade de 2002. Na melhor das hipóteses, poderemos experimentar ao final do ano uma ligeira recuperação, que se consolidaria apenas no início de 2003. Já, na pior das hipóteses, talvez tenhamos saudades deste medíocre 2002 [...]”

Assim, da análise das duas publicações de julho de 2002, disponíveis na época da montagem da proposta, nota-se que era possível ao Consórcio prever o preço do dólar em valores superiores aos utilizados para a concessão do reequilíbrio. E, mostrar que era possível prever um valor maior para o dólar, significa calcular para menor o valor do reequilíbrio devido, tal como fez o GT 170/2003 no Relatório 058/2004 (anexo 3, fls. 84), ao mostrar que, se era possível prever o valor do dólar a R\$ 3,10, então o reequilíbrio a ser concedido deveria se referir apenas a valores acima deste patamar. Este argumento foi acatado pelo Consórcio na carta de solicitação de revisão do reequilíbrio (anexo 3, fls. 2) e também quando assinou o 5º Termo Aditivo (anexo 1, fls. 48). No caso em tela, era possível ao Consórcio prever o dólar em até R\$ 3,5409, então, pelos parâmetros adotados não deveria ter sido concedido o reequilíbrio. Desta forma, como, na época da montagem das propostas, estavam disponíveis no mercado melhores estimativas de taxas de câmbio e volatilidade do mesmo, era possível ao Consórcio prever adequadamente a faixa de preço futura do dólar, de modo a ficar compatível com



o efetivamente ocorrido. Portanto não se verificou, no caso, a imprevisão prevista no art. 65 da Lei nº 8.666/1993.

3.1.23. **A teoria da imprevisão só pode ser aplicada nos contratos onde o ente público é o contratante, com o objetivo de favorecer o contratado, quando ficar indiscutivelmente caracterizada a total impossibilidade de previsão da situação ocorrida ou a incapacidade de cálculo de seus efeitos – condição que não restou configurada, conforme já demonstrado –, e quando fica definitivamente afastada a hipótese de que algum outro participante do processo licitatório tenha montado suas propostas com base na previsibilidade de fatos futuros. Quanto ao segundo condicionante, é importante considerar que as outras empresas licitantes podem ter feito melhores estimativas da variação do dólar e, por este motivo, apresentado propostas com preços mais altos, pois estavam disponíveis os instrumentos para estas estimativas, não sendo coerente supor que todas as licitantes fizeram estimativas excessivamente otimistas e incorretas da variação do dólar. E, de fato, no quadro das propostas apresentadas, constante da Ata da Reunião de Licitação, reproduzido abaixo, nota-se que a segunda colocada, a empresa Unisys Brasil, apresentou preço 17,04% maior que o Consórcio Alpha, e não ofereceu melhores preços na fase de lances, embora estivesse habilitada a isso por ser a segunda colocada. A diferença percentual das propostas do Consórcio e da Unisys Brasil ficou muito próxima ao percentual pleiteado pelo Contratado quando da solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro (18,64%), e também à diferença percentual entre a estimativa feita pelo Consórcio com base na edição de junho da revista Suma Econômica e a estimativa que seria obtida caso fosse utilizada a edição de julho da citada publicação (19,94%):**

EMPRESAS	PREÇO GLOBAL
ALPHA	93.353.535,00
UNISYS BRASIL	109.261.794,17
PROCOMP	113.943.044,75
ITAUTEC	122.712.130,64
IBM BRASIL	135.861.094,53

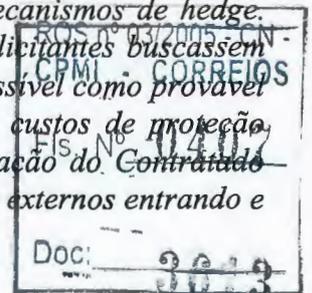
Ora, se estas empresas também tivessem estimado o valor futuro da moeda americana utilizando dados defasados, como fez o Consórcio, poderiam ter apresentado preços mais baixos do que a vencedora do processo licitatório. Portanto, afastadas as hipóteses para aplicação da teoria da imprevisão preconizada no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993, a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro resta indevida pois, se assim não fosse, ficaria incontestavelmente prejudicada a competitividade e o interesse da administração pública na obtenção da proposta mais vantajosa, em claro desrespeito ao princípio constitucional da isonomia ressaltado art. 3º da Lei nº 8.666/1993:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

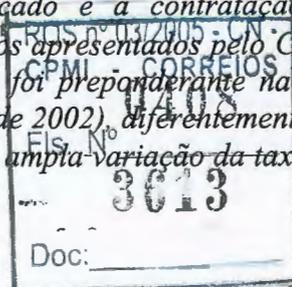
I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;”

3.1.24. **O prejuízo ao princípio da isonomia pode ser verificado também pelo fato de o Consórcio não ter buscado no mercado proteção contra a variação cambial, tais como os mecanismos de hedge. Como o momento era de extrema instabilidade cambial, era de se esperar que as licitantes buscassem proteção contra as variações no período de entrega dos equipamentos, e é não só possível como provável que as empresas concorrentes tenham embutido nos preços de suas propostas os custos de proteção cambial. Pois afinal, é indicado na própria revista usada como base da argumentação do Contratado (Suma Econômica 290, jun/02), na pág. 31 (anexo 2, fls. 199): “Com menos recursos externos entrando e**



mais dólares saindo, houve uma pressão sobre a taxa de câmbio. Esse processo está levando as empresas a demandar proteção cambial". Também a edição de julho da mesma publicação, em referência às ações das empresas exportadoras, indica, na pág. 23 (anexo 2, fls. 205): "Este tipo de hedge tornou-se mais intenso no momento em que o cenário político tornou-se turbulento e o dólar subiu [...] Para quem já estiver posicionado em ações e quiser apenas realizar um hedge cambial, tais alternativas podem ser ótimas opções". Portanto, à época existia um movimento geral das empresas em direção à proteção cambial. Não se questiona aqui se o Consórcio deveria ou não ter se protegido por meio de mecanismos financeiros, porém não há como se demonstrar que, na elaboração de suas propostas, as demais licitantes não consideraram os custos da proteção cambial ou os riscos de sua não adoção. Talvez os concorrentes tivessem apresentado propostas muito mais vantajosas caso soubessem ser desnecessária a proteção cambial. O Consórcio resolveu assumir conscientemente os riscos da variação cambial para dar a sua proposta condições de vencer a licitação, portanto não pode agora o ente público, ou em última análise, a sociedade, arcar com as conseqüências desta assunção de risco, sob pena de desrespeito à igualdade preconizada no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

3.1.25. Ainda dentre as suas argumentações, o Contratado alega que existem decisões de Tribunais no sentido de acatar a imprevisibilidade da variação do dólar. Mesmo o excerto apresentado pelo Consórcio (AG 1999.01.00.012021-0/DF – TRF 1ª Região), entretanto, refere-se ao período de fins de 1998 e início de 1999, quando o governo resolveu ampliar a banda de variação e posteriormente liberar totalmente o controle do câmbio, abortando a garantia da paridade Dólar/Real, passando a deixar a moeda americana flutuar de acordo com o mercado: "Firmado Contrato para entrega de mercadoria importada (materiais de informática), cotada em dólar, sem cláusula de reajuste, no pressuposto da estabilidade do câmbio em relação ao real, a alteração da cotação daquela moeda estrangeira, de forma violenta, antes mesmo do início do cumprimento da avença, consubstancia fato imprevisível justificador da rescisão". (grifo nosso). No caso do reequilíbrio ora analisado, no entanto, não havia tal pressuposto de estabilidade. Ademais, mesmo em relação ao período 1998/99, a jurisprudência não é conclusiva com relação à concessão de reequilíbrio pela variação do câmbio. O STJ em análise ao RMS 15154 / PE, conclui que "o episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes", e conclui que foi lícita a "impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores". Já o TCU, na Decisão nº 527/2002, na qual analisa contratação da própria Novadata pela Dataprev para execução de serviços de atualização tecnológica com substituição de componentes de microcomputadores, concluiu que a contratada agiu incorretamente quando "não entregou parte dos equipamentos, alegando que houve desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, motivado pelo aumento de custos causado pela desvalorização cambial, ocorrida em 14/1/99, já que parte dos componentes usados na execução do serviço eram cotados em dólar" e determinou à Dataprev "informar, no prazo de 90 (noventa) dias, as providências adotadas para obter da empresa Novadata Sistemas e Computadores S/A os equipamentos pagos e não entregues". Não obstante as decisões sejam díspares, em todos os casos verificados houve impossibilidade da continuidade da execução do contratado, conforme previsto na Lei nº 8666/93, art. 65, II, d; impossibilidade esta que não foi observada no caso em tela, quando a variação cambial claramente não foi impeditiva da execução do contratado. Foi apresentado pelo Consórcio ainda, no conjunto de documentos anexos ao pleito, parecer da CONJUR/TCU (anexo 2, fls. 209) emanado no processo TC-002.013/1998, aprovando reequilíbrio para a empresa Novadata em contrato com o Tribunal de Contas da União em função de variação do dólar no início de 1999, quando a variação do dólar era efetivamente imprevisível. Também neste caso, a situação é completamente diferente, pois, além de se referir ao período 1998/99, o reequilíbrio concedido também abrangeu equipamentos a serem ainda adquiridos dentro do percentual de 25% autorizados contratualmente, equipamentos estes que encontravam-se abaixo dos preços praticados no mercado e a contratação constituiu vantagem econômica para o TCU. É importante ressaltar que os casos apresentados pelo Consórcio referem-se ao período de 1998/1999, quando a atuação governamental foi preponderante na variação do preço do dólar, e esta foi súbita e inesperada. No caso em tela (ano de 2002), diferentemente daquela ocasião, não houve qualquer atuação governamental que tenha causado ampla variação da taxa de câmbio e nem esta



era inesperada, como se conclui das análises das próprias publicações apresentadas pelo Consórcio. Portanto não se pode utilizar, como base de argumentação para justificar concessão de reequilíbrio econômico-financeiro por variação das cotações do dólar em 2002, qualquer jurisprudência que considere a crise cambial ocorrida em 1998/1999, pois a atuação do poder público e a possibilidade de previsão do ocorrido nas duas situações são completamente díspares. Para caso mais recente, existe decisão do STJ, de 3/5/2005, em análise ao REsp 699860 / RS, cuja conclusão é contrária à concessão do reequilíbrio:

"1...

2. A variação cambial é acontecimento previsível no ambiente negocial com moedas estrangeiras.

3. Não-reconhecimento, pelo acórdão recorrido, de que a variação cambial apontada pela recorrente afetou, in casu, a comutatividade e o equilíbrio contratual."

3.1.26. A readequação de contrato para concessão de recomposição financeira em valor elevado, como é o caso em estudo, é matéria que merece cuidadosa análise por parte de qualquer empresa, e muito mais quando se trata de empresa pública. No caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos pode-se observar que a condução do processo é diretamente afetada pela composição da Diretoria da Empresa. O processo, que havia sido abordado de forma pouco criteriosa quanto aos aspectos jurídicos no relatório do Grupo de Trabalho 128/2001, coordenado pelo Sr. Eduardo Medeiros de Moraes, que concluiu pela concessão de reequilíbrio e foi endossado pelo relatório do GT 244/2002, veio posteriormente a sofrer detalhada análise no primeiro relatório do Grupo de Trabalho 170/2003, que acabou concluindo pelo indeferimento do pleito. Com a posse do Sr. Antônio Osório Menezes Batista na Diretoria de Administração, a ECT passou a desconsiderar os próprios argumentos anteriormente utilizados para o indeferimento e furtou-se de aprofundar suas análises, culminando com a total reversão da conclusão do GT 170/2003, que mudou seu parecer de "improcedente" para "procedente". A drástica mudança de atitude da ECT em relação à condução do processo de reequilíbrio, juntamente com o sobrestamento do processo por dez meses a pedido do Contratado até que a Diretoria fosse assumida por outro grupo, somada ao fato de existir documento endereçado ao Diretor de Administração antes de ele assumir o cargo e às denúncias veiculadas na imprensa por intermédio de divulgação de fita de vídeo em que o Chefe do DECAM informa que o Diretor de Administração atuou pessoalmente na resolução do reequilíbrio dos kits postais com a Novadata, mostra que a assinatura do 5º Termo Aditivo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que foi claramente demonstrada nesta Representação como indevida, também apresentou graves irregularidades em sua condução.

3.1.27. A atitude dos responsáveis e do Contratado quanto à questão pode ser analisada à luz do já mencionado art. 3º, também dos arts. 90, 91 e 92 da Lei nº 8.666/1993:

"Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

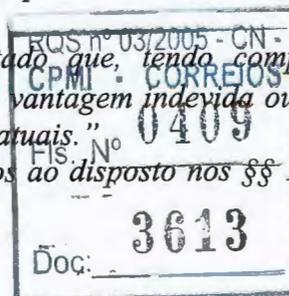
Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais."

Os empregados responsáveis em questão estão sujeitos ao disposto nos §§ 1º e 2º do art.

84 da Lei nº 8.666/1993:



“Art. 84 (...)

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.”

Por fim, o 5º Termo Aditivo deve ser considerado como contrato para todos os fins, já que o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/1993 estabelece:

“Art. 2º (...)

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

3.2. **Critério:** CF, art. 37, XXI; art. 65, II, d, art. 2º, parágrafo único, art. 84 §§ 1º e 2º e arts. 3º, 90, 91 e 92 da Lei nº 8.666/1993; art. 1º, parágrafo único da Lei nº 10.192/2001; Contrato, cláusula 10.1.2, item “d”.

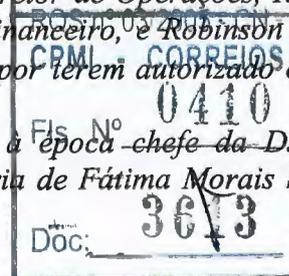
3.3. **Evidências:** Os documentos referenciados nos itens 3.1.1 a 3.1.27.

3.4. **Causas e efeitos:** As causas da irregularidade apontada foram: a) a compreensão infundada da ECT de que a simples variação do preço do dólar seria condição suficiente para onerar os custos de produção dos equipamentos fornecidos; b) a conclusão equivocada por parte da ECT de que a variação do dólar aos patamares alcançados entre julho e dezembro de 2002 constituiu fato imprevisível, ou previsível, porém de conseqüências incalculáveis, retardador ou impeditivo da execução do contratado; c) as relações indevidas entre a Diretoria de Administração e o Consórcio, caracterizada por carta endereçada ao Sr. Antônio Osório Menezes Batista, antes de ele assumir a Diretoria; d) análise jurídica pouco criteriosa do Grupo de Trabalho 128/2001, coordenado pelo Sr. Eduardo Medeiros de Moraes e que influenciou o equívoco do GT 244/2002; e) mudança indevida do posicionamento da ECT em relação ao pleito após mudanças da Diretoria de Administração; f) pouco critério analítico do DEJUR quanto aos aspectos abordados. Como efeito, ocorreu o dispêndio indevido de R\$ 5.517.286,97 (cinco milhões quinhentos e dezessete mil duzentos e oitenta e seis reais e noventa e sete centavos) dos cofres da ECT em favor do Consórcio.

3.5. **Conclusão:** A concessão de recomposição de 6,064% a título de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, em função da variação do preço do dólar de julho a dezembro de 2002 caracterizou irregularidade grave da forma como foi conduzida, pois ficou evidenciado que foram indevidamente descartados argumentos contra a concessão que já haviam sido corretamente emanados em relatórios internos da ECT, além de não terem sido observadas as reais variações dos preços dos equipamentos no mercado ou a capacidade de previsibilidade da variação do dólar pelo Consórcio.

3.5.1. Sendo assim, entendemos que a responsabilidade pela impropriedade ora tratada recai sobre os seguintes empregados e empresas:

- a) Sr. João Henrique de Almeida Sousa, à época Presidente da ECT, por aprovar e assinar o 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;
- b) Sr. Antônio Osório Menezes Batista, à época Diretor de Administração da ECT, por endossar a negociação, acompanhar atentamente seu andamento, aprovar e assinar o 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;
- c) Srs. Eduardo Medeiros de Moraes, à época Diretor de Tecnologia e Infra-Estrutura da ECT, Maurício Coelho Madureira, à época Diretor de Operações, Ricardo Henrique Suñer Caddah, à época Diretor Econômico Financeiro, e Robinson Koury Viana da Silva, à época Diretor de Recursos Humanos, por terem autorizado o reequilíbrio na REDIR de 17/11/2004;
- d) Sra. Valéria Cristina Silva Almeida Pessoa, à época chefe da DJTEC/DEJUR, e atualmente chefe da DIDA/DEJUR e Sra. Maria de Fátima Moraes Seleme, chefe do



Departamento Jurídico desde outubro de 2002, por não terem considerado quaisquer aspectos jurídicos e descartado de forma pouco criteriosa a Tese de Gerenciamento de Risco do GT 170/2003, na Nota Jurídica DEJUR/DJTEC-956/2004;

- e) *As empresas Novadata e Positivo, por serem as beneficiárias do acréscimo contratual indevido.*

3.6. **Proposta de Encaminhamento:** *Nos termos do art. 47 da Lei nº 8.443/92, converter o presente processo em Tomada de Contas Especial.*

3.6.1. *Nos termos do inciso II do art. 12 da Lei nº 8.443/92, c/c o inciso II do art. 202 do Regimento Interno/TCU, determinar, a CITAÇÃO dos responsáveis especificados no item 3.5.1 para, no prazo de quinze dias, a contar da ciência, apresentar alegações de defesa ou recolher aos cofres do Tesouro Nacional, com recursos próprios, as quantias abaixo discriminadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora devidos, desde as datas de pagamento indevido até o efetivo recolhimento:*

- i. *R\$ 2.517.286,97 – pagamento indevido em: 28/11/2004;*
- ii. *R\$ 1.500.000,00 – pagamento indevido em: 30/12/2004;*
- iii. *R\$ 1.500.000,00 – pagamento indevido em: 30/01/2005;*

4. Achado 2 – Tentativa de revisão indevida de valores já acordados anteriormente em Termo Aditivo.

4.1. Situação encontrada:

A ECT, contrariando todos os princípios jurídicos razoáveis, aceitou retomar discussão acerca do percentual devido em função do reequilíbrio econômico-financeiro no âmbito do Contrato nº 11.346/02, discussão esta que já havia sido completamente encerrada, sem chances de contestação, por meio da assinatura do 5º Termo Aditivo, pois este representou acordo das partes para restabelecer a relação que pactuaram inicialmente. O chefe do DECAM e integrantes do DEJUR à época atuaram fortemente no sentido de atender aos interesses do Consórcio, produzindo relatórios pelo deferimento do pleito, que foram acatados pelo Departamento Jurídico. A negociação indevida só foi interrompida após a substituição do Chefe do DECAM, em razão de denúncias de corrupção veiculadas na imprensa.

4.1.1. *Conforme reportado no item 3 acima, em 4/10/2002 o Consórcio solicitou a alteração do Contrato nº 11.346/02 para restabelecer a equação econômico-financeira entre as partes devido a alegados prejuízos em função da desvalorização do Real em relação ao Dólar de julho a dezembro de 2002. As negociações prosseguiram por mais de dois anos até serem encerradas com a assinatura do 5º Termo Aditivo ao Contrato em 23/11/2004.*

4.1.2. *A assinatura do 5º Termo Aditivo, embora indevida, conforme demonstrado no item 3, encerrou definitivamente a questão para o Consórcio no que diz respeito ao seu pleito, pois o aditivo baseou-se na Lei nº 8.666/93, art. 65, I, d, que estabelece:*

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

...

II – por acordo das partes:

...

- iv. *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 equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou aceleradores da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato de príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.*

(Grifo nosso).

Também atendeu à Cláusula 10.1.2 do Contrato, que especifica que

RCP nº 5 de 0411 FLS Nº 3613

10.1. Este Contrato poderá ser alterado, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

...

10.1.2. por acordo das partes:

...

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da CONTRATADA e a retribuição da CONTRATANTE para a justa remuneração do fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial deste Contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

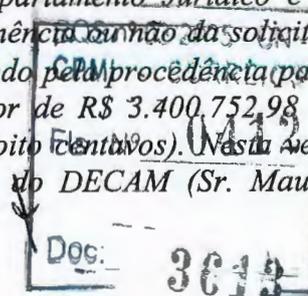
(Grifo nosso).

4.1.3. Fica portanto claro que assinatura do Termo Aditivo representou um acordo, no qual as partes assumiram que o percentual de reajuste concedido restabeleceu definitivamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Caso o Consórcio não tivesse concordado plenamente com os valores ou percentuais devidos, não poderia ter assinado o Termo Aditivo, pois, ao fazê-lo, aceitou todos os termos expostos no instrumento contratual e na Lei; dentre eles, o de que estava restabelecida a equação financeira do contrato.

4.1.4. Embora tenha assinado de livre e espontânea vontade o acordo embutido no referido Termo Aditivo, o Consórcio apresentou, em carta datada de 8/12/2004 (anexo 3, fls. 2), solicitação para retomada da discussão sobre a mesma questão, ou seja, o valor a ser acrescentado no Contrato a título de reequilíbrio econômico-financeiro, pela variação do preço do dólar de julho a dezembro de 2002 e também uma suposta correção monetária a ser aplicada. Na carta, o Consórcio refere-se tão somente a fatos já abordados e devidamente resolvidos com a assinatura do 5º Termo Aditivo. Não foram apresentados fatos novos ou ocorridos após a assinatura do instrumento contratual.

4.1.5. Considerando que qualquer discussão para tratar do que já havia sido resolvido e encerrado mediante acordo é claro desrespeito ao fundamento do pacta sunt servanda, caberia à ECT imediato descarte da solicitação do Contratado. Ao invés disso, a ECT, por meio do DECAM, acatou a carta do Consórcio e reiniciou discussão sobre alteração contratual em função do mesmo fato já pacificado em acordo anterior, ou seja, os alegados prejuízos em função da desvalorização do Real em relação ao Dólar de julho a dezembro de 2002. Também aceitou discutir, como se coubesse, a aplicação de correção monetária da época do pagamento dos lotes até a época da assinatura do Termo Aditivo.

4.1.6. Como fruto da análise da solicitação efetuada pelo DECAM, foi produzido o relatório DGCS/DECAM – 216/2005. Foram produzidas três versões do referido relatório. Na primeira versão, ainda sob o número 308/2004 (anexo 3, fls. 9), a equipe técnica descartou completamente a possibilidade de revisão, argumentando que “não há que se revolver a matéria, sob pena de ser eternizado um conflito que foi justamente pacificado com a assinatura do 5º Termo Aditivo”. O Sr. Maurício Marinho, chefe do DECAM, não concordou com a conclusão do relatório, não postou sua assinatura no documento e solicitou que fosse produzida outra versão, na qual a conclusão fosse pela procedência da solicitação. A equipe técnica, não tendo como produzir um relatório contrário a suas próprias convicções, preparou então outra versão (anexo 3, fls. 12), na qual são apenas apresentadas várias conjunturas para análise superior, sem conclusões quanto à procedência ou não da solicitação, para ser assinado pelo Chefe do DECAM. O Sr. Maurício Marinho também não assinou esta versão pois precisava de uma versão que apresentasse concordância com o pleito. Então foi produzida então a terceira versão (anexo 3, fls. 20), que possui duas partes. Na primeira parte, assinada pelo Responsável Técnico, Sr. Marcos Lopes Meira e o Gestor Administrativo, Sr. Valdson Santos Freitas, são apresentadas várias simulações dos valores obtidos nas diversas situações possíveis, para subsidiar análise pelo Departamento Jurídico e pela Diretoria Colegiada e não são apresentadas considerações acerca da pertinência ou não da solicitação em qualquer dos casos. Na segunda parte, há o Parecer do DECAM opinando pela procedência parcial das solicitações do Consórcio e sugerindo acréscimo no contrato no valor de R\$ 3.400.752,98 (três milhões quatrocentos mil setecentos e cinqüenta e dois reais e noventa e oito centavos). Nesta versão também estão em branco a data e o local para a assinatura do Chefe do DECAM (Sr. Maurício



Marinho). Entretanto esta é a versão constante do processo de reequilíbrio e também é a versão encaminhada ao DEJUR por intermédio da CI CSC/DGCS/DCAM – 2258/2005, de 28/2/2005 (anexo 3, fls. 32), documento este que contém a assinatura do Sr. Maurício Marinho, Chefe do DECAM.

4.1.7. O valor encaminhado pelo Chefe do DECAM (R\$ 3.400.752,98) difere do proposto pelo Consórcio (R\$ 3.694.459,98, mais correção) por duas razões: a) o Consórcio havia proposto em sua nova carta que a nova revisão utilizasse, ao invés de R\$ 3,40, a taxa do dólar na data entrega dos equipamentos (aproximadamente R\$ 3,80), mas o DECAM achou por bem utilizar a taxa de R\$ 3,57, que havia sido sugerida pelo Consórcio durante as discussões sobre a taxa futura a ser utilizada para o 3º e 4º lotes, e que acabou sendo acordada em R\$ 3,40; b) o Consórcio solicitava correção monetária desde a época da quitação da parcela principal, mas o DECAM achou por bem conceder a correção usando como base o dia 17/11/2004, em que a Diretoria se reuniu e decidiu que a solicitação do consórcio havia sido justa.

4.1.8. Na análise da questão da correção monetária, no Parecer do DECAM, o chefe daquele Departamento chegou a imputar culpa à ECT pela demora na concessão do reequilíbrio, a contar do dia em que a Diretoria reconheceu o direito do Contratado, como se as obrigações mútuas não fossem criadas após a assinatura do instrumento contratual:

“Quanto à correção monetária, entende este DECAM que o valor devido será aquele previsto em contrato, ou seja, conforme item 6.9, transcrito a seguir:

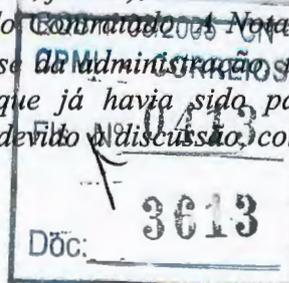
‘6.9. ocorrendo atraso do pagamento, por culpa da CONTRATANTE, o valor devido deverá ser atualizado financeiramente, entre as datas previstas e efetivas do pagamento, de acordo com a variação pro-rata tempore do IGPM’”

(Grifo nosso).

4.1.9. Percebendo as facilidades oferecidas pela ECT quanto à possibilidade de reavaliação de matéria que já havia sido encerrada com a assinatura do 5º Termo Aditivo, o Consórcio encaminhou, em 4/3/2005 nova carta à ECT (anexo 3, fls. 33) na qual fez mais um pedido referente ao mesmo assunto. Argumentou o Contratado que o Edital especificava que, na proposta das licitantes, a manutenção e garantia dos equipamentos deveria ser cotada como custeio num total de 10% em relação ao total da proposta. Argumentou também que havia sido concedida recomposição de 6,064% no preço dos equipamentos. Então concluiu que também era devido o mesmo percentual à parcela de custeio, em uma avaliação totalmente indevida, pois não só o acordo entre as partes já havia encerrado a questão quanto os valores devidos, como também o próprio Consórcio havia afirmado em seu pleito inicial (anexo 2, fls. 2) que não solicitava reequilíbrio em função da variação do preço de mão de obra ou de outros fatores de custo, e também já havia demonstrado, por ocasião da assinatura do 2º Termo Aditivo, que o preço dos componentes havia diminuído após a entrega dos equipamentos.

4.1.10. Com base nesta outra solicitação, foi produzida, então, mais uma versão, a quarta, do mesmo relatório DGCS/DECAM – 216/2005 (anexo 3, fls. 35). Esta versão, tal como a terceira, tem duas partes, sendo que, na primeira, a equipe técnica apenas efetua simulações financeiras e não apresentam considerações acerca da pertinência ou não da solicitação. Na segunda parte, há o Parecer do DECAM opinando pela procedência das solicitações e sugerindo, desta vez, acréscimo maior no Contrato, agora no valor de R\$ 4.295.556,97 (quatro milhões duzentos e noventa e cinco mil quinhentos e cinquenta e seis reais e noventa e sete centavos), quantia obtida quando a ECT acatou os inconsistentes argumentos do Contratado e optou pelo acréscimo do reajuste em 6,064% da parcela referente a custeio. Esta versão, diferentemente das anteriores, possui assinatura do Sr. Maurício Marinho no Parecer do DECAM e dela também consta a data de 14 de abril de 2005, portanto muito posterior à CI/DECAM de encaminhamento do próprio relatório (2258/2005, de 28/2/2005).

4.1.11. Embora fosse clara a total inviabilidade jurídica da solicitação e a condução totalmente controvertida do processo, com substituição de relatórios já previamente encaminhados, o DEJUR, em 16/5/2005, emitiu a Nota Jurídica DEJUR/DCON – 530/2005 (anexo 3, fls. 48), atendendo não apenas o que o DECAM havia sugerido, mas acatando outros argumentos do Contratado. A Nota Jurídica, que deveria, em atendimento aos mínimos preceitos legais e de interesse da administração, ser descartado qualquer possibilidade de retomada da discussão de assunto, que já havia sido pacificado com assinatura de instrumento contratual, não só deu prosseguimento indevido à discussão, como concordou



totalmente com o DECAM quanto à tese de que a revisão deveria utilizar o valor de R\$ 3,57 para os terceiro e quarto lotes. Diz o relatório:

“De fato [...] não se pode acatar o pedido da contratada de que seja observada a data de entrega de cada lote.

Isto por que, quando das negociações, [...] o consórcio, por fim, contrapôs uma taxa de R\$ 3,57.

Assim, para os dois primeiros lotes, deve prevalecer a cotação do dólar quando da entrega, pois os valores eram inferiores àqueles propostos pela contratada (R\$ 3,57).

Já para os dois últimos lotes, deve a apuração ficar limitada ao valor proposto pelo próprio consórcio, e não a cotação do dólar do dia da entrega, pois esta não foi a situação negociada entre as partes.”

(Grifos nossos).

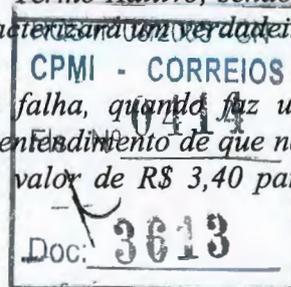
O valor de R\$ 3,57 é um valor situado entre o que foi aceito pelo Contratado quando da assinatura do 5º Termo Aditivo e o valor pleiteado pelo Contratado, por volta de R\$ 3,80, relativo à data de entrega dos lotes. Este valor de R\$ 3,57 foi obtido observando um valor sugerido pelo Contratado como justo quando das discussões acerca dos valores devidos pelo 3º e 4º lotes, em 4/11/2002 (anexo 3, fls. 46), e que acabou sendo acordado entre a ECT e o Contratado como R\$ 3,40. Ou seja, a ECT não só não respeitou o acordo fruto do 5º Termo Aditivo, como também desprezou o acordo de 4/11/2002, que chegou ao valor de R\$ 3,40 para o dólar dos 3º e 4º lotes. Portanto, não seria problema para o Contratado caso fosse concedida a recomposição considerando o dólar a R\$ 3,57, ao invés de R\$ 3,80, pois, dado o precedente então aberto, este valor poderia, à frente, ser novamente reavaliado. Na verdade, a Nota emanada pelo Departamento Jurídico, criava precedente que trazia total fragilidade jurídica a todos os contratos, aditivos, acordos e ajustes já assinados pela ECT, pois permitia a reavaliação de aspectos já passados, discutidos, encerrados e devidamente acordados pelas partes, sem qualquer motivação de fato novo.

4.1.12. Quanto à questão da correção monetária, a citada Nota Jurídica DEJUR/DCON – 530/2005, discordou do DECAM para concordar integralmente com o Consórcio, de que a correção monetária era devida desde a época do pagamento do 3º e 4º lotes até a época da assinatura do Termo Aditivo, como se o consórcio não tivesse aceitado, com a assinatura do instrumento contratual, que os valores pagos recompunham o equilíbrio contratual e resolviam todas as pendências. Os valores que seriam obtidos com o cálculo da correção da forma proposta pelo DEJUR seriam tão elevados que o DECAM se furtou de apresentá-los em sua análise, embora a equipe técnica tenha calculado-o em R\$ 8.599.725,94 (oito milhões quinhentos e noventa e nove mil setecentos e vinte e cinco reais e noventa e quatro centavos). Provavelmente o valor sem estes cálculos seria mais facilmente aprovado na Diretoria. Além disso, posteriormente o valor a ser concedido poderia ser novamente revisto, uma vez que já estava criado o ilegal precedente de se rediscutir o que já havia sido acordado.

4.1.13. Com a veiculação na imprensa de denúncias de corrupção envolvendo o Sr. Maurício Marinho, o Chefe do DECAM foi substituído (anexo 3, fls. 51). Então, em 7/6/2005, o DECAM, por intermédio do relatório CGS/DGCS/DECAM-234/2005 (anexo 3, fls. 52), assinado pelo novo Chefe de Departamento, Sr. Edio Schwalm emitiu outro parecer, no qual discorda totalmente do Pleito. Os argumentos pela improcedência do pleito também foram assinados pela mesma equipe técnica que, na gestão anterior, havia se furtado de assinar o parecer pela procedência da solicitação, equipe esta composta pelos srs. Marcos Lopes Meira e Valdson Santos Freitas. Este documento demonstra claramente qual era a posição inicial da equipe técnica, que não prosperou na administração do Sr. Maurício Marinho. O relatório é claro em descartar qualquer possibilidade de retomada de discussão de matéria já encerrada:

“entende este DECAM que não há que se revolver a matéria, sob pena de ser eternizado um conflito que foi concluído com a assinatura do 5º Termo Aditivo, sendo que qualquer tentativa no sentido de crescer o valor pactuado caracterizaria um verdadeiro bis in idem, ferindo todos os preceitos legais”

4.1.14. O novo relatório do DECAM comete apenas uma falha, quando faz uma avaliação propositadamente parcial da posição do DEJUR, para ratificar seu entendimento de que não deveria ser feita qualquer discussão sobre a questão da aplicação ou não do valor de R\$ 3,40 para o dólar no



cálculo devido pelo 3º e 4º lotes. Destacou o DECAM que o DEJUR concluiu que “não se pode acatar o pedido da contratada de que seja observada a data de entrega de cada lote” (grifo deles), mas omitiu que aquele departamento opinou por considerar o valor de R\$ 3,57 ao invés de R\$ 3,40 para o valor do dólar. Também na CI GCS/DGCS/DECAM-2766/2005 (anexo 3, fls. 56) o DECAM realçou incorretamente que “o novo posicionamento do DECAM [...] encontra-se em consonância com o declinado pelo DEJUR na citada Nota quanto ao pagamento de diferenças em razão da variação do dólar”.

4.1.15. Por meio da citada CI GCS/DGCS/DECAM-2766/2005, o DECAM submeteu novamente o assunto ao DEJUR. O Departamento Jurídico então, em 20/6/2005, com a ECT já sob nova gestão, produziu a Nota Jurídica DEJUR/DCON-657/2005 (anexo 3, fls. 58), que versa sobre exatamente o mesmo assunto tratado anteriormente. Porém, desta vez, resolveu considerar o óbvio, ou seja, que qualquer discussão sobre o assunto, que já havia sido fruto de acordo entre as partes, era totalmente indevida. Diz a Nota:

“Contudo, não obstante o reconhecimento do direito, abstratamente tratado, no caso concreto ora posto sob análise, manifestamo-nos no sentido de que não se deve proceder ao pagamento desta parcela à NOVADATA.

Isto porque, durante as negociações, o contratado aceitou o percentual e valores propostos pela ECT, tendo firmado, por seu representante legal e de livre e espontânea vontade, o Quinto Termo Aditivo, sem qualquer ressalva ao percentual de reequilíbrio e valores que ali ficaram acordados.

As obrigações estipuladas naquele documento foram integralmente cumpridas pela Contratante.

Neste contexto, aplica-se a máxima do direito ‘o contrato faz lei entre as partes’, razão pela qual não pode, agora, a contratada pretender descumpri-lo não dando validade aos termos do Aditivo, que, repita-se, por livre vontade e de comum acordo firmou com a contratante.

Vale acrescentar que, independentemente dos fatores que levaram a ECT a propor determinado percentual e valores, estes de fato foram aceitos pela contratada sem qualquer ressalva, o que fez emergir a conclusão inquestionável de que o proposto foi um percentual e valores capazes de manter as condições originais da proposta, reequilibrando o contrato frente à variação cambial ocorrida”.

(Grifo nosso).

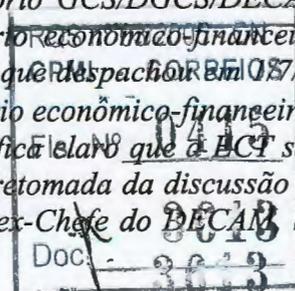
4.1.16. Esta Nota Jurídica (657/2005), procura deliberadamente ocultar que o DEJUR anteriormente havia sido favorável à revisão da recomposição considerando o valor do dólar a R\$ 3,57. Afirma a nota Jurídica:

“este DEJUR, como já salientado, manifestou-se por intermédio da NOTA JURÍDICA DEJUR/DCON-530/2005, endossando parcialmente o Relatório CSC/DGCS/DECAM-216/2005, opinando por não acatar o pleito de pagamento de diferenças da variação do dólar”.

No entanto, como demonstrado anteriormente no item 4.1.11, a Nota Jurídica DEJUR/DCON-530/2005 foi clara no sentido de acatar o pleito do Consórcio, entretanto com a ressalva de conceder um reajuste menor, baseado no valor de R\$ 3,57 e não os valores das datas de entrega dos lotes. As duas Notas Jurídicas, absolutamente discordantes entre si, e produzidas em um intervalo próximo a um mês, sem que qualquer fato novo tivesse sido apresentado, foram assinadas pelas mesmas pessoas: Valéria Cristina Silva Almeida Pessoa, chefe da DCON/DEJUR e Maria de Fátima Moraes Seleme, chefe do DEJUR.

4.1.17. Por fim, em 27/6/2005, o DECAM produziu o Relatório GCS/DGCS/DECAM-243/2005 (anexo 3, fls. 63), com a proposta de “não conceder o reequilíbrio econômico-financeiro”, que foi corroborada pelo Diretor de Administração Marcos Gomes da Silva que em despacho DEJUR/DCON-530/2005 (anexo 3, fls. 66): “autorizo conforme proposto o indeferimento do reequilíbrio econômico-financeiro”.

4.1.18. Da análise do conjunto de documentos apresentados, fica claro que a ECT sabia desde o início ser absolutamente inviável, inconsistente e indevida qualquer retomada da discussão que já havia sido encerrada com a assinatura do 5º Termo Aditivo. Não pode o ex-Chefe do DECAM Sr. Maurício



Marinho, alegar desconhecimento de que a retomada da discussão era indevida, pois desde a primeira versão do relatório 216/2005, que ele se negou a assinar, já estava clara a posição da equipe técnica da inviabilidade jurídica da reabertura da discussão, posição esta que ficou clara no relatório 234/2005, assinado pela mesma equipe técnica e produzido quando o Chefe do DECAM foi substituído. Também não pode, obviamente, o Departamento Jurídico alegar que não conhecia tão fundamental princípio, mesmo por que o próprio DEJUR emitiu a Nota Jurídica 657/2005 descartando completamente a possibilidade da retomada do tema.

4.1.19. *Portanto claro está que o Sr. Maurício Marinho, ex-chefe do DECAM, a Sra. Valéria Cristina Silva Almeida Pessoa, chefe da DCON/DEJUR à época e atualmente chefe da DIDA/DEJUR, e a Sra. Maria de Fátima Morais Seleme, chefe do DEJUR desde 10/2002, atuaram no sentido de atender os pleitos do Contratado, mesmo tendo pleno conhecimento da total falta de fundamentação das solicitações.*

4.1.20. *Nos Contratos administrativos deve ser observado o princípio de que o “contrato faz lei entre as partes”, pois reza o Art. 54 da Lei nº 8.666/1993:*

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

E o 5º Termo Aditivo deve ser considerado como parte integrante do contrato para todos os fins, já que o parágrafo único, art. 2º da Lei nº 8.666/1993 estabelece:

“Art. 2º (...)

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

4.1.21. *A atitude dos responsáveis e do Contratado quanto à questão pode ser analisada à luz dos arts. 91 e 92 da Lei nº 8.666/1993:*

“Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.”

E a simples tentativa de praticar o ato já configura irregularidade, conforme estabelecido no art. 83 da Lei nº 8.666/1993:

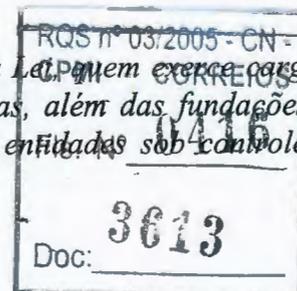
“Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.”

(Grifo nosso).

Os empregados responsáveis em questão estão sujeitos ao disposto nos §§ 1º e 2º do art. 84 da Lei nº 8.666/1993:

“Art. 84 (...)

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.”



§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.”

4.2. **Critério:** princípio do pacta sunt servanda (“o contrato faz lei entre as partes”), Lei nº 8.666/1993, art. 2º, parágrafo único; art. 54, art. 83, art. 91 e art. 92.

4.3. **Evidências:** Os documentos referenciados nos itens a 4.1.1 a 4.1.21.

4.4. **Causas e efeitos:** As causas da irregularidade apontada foram: a) retomada de discussão, pela ECT, de tema que já havia sido encerrado com acordo entre as partes, por meio da assinatura do 5º Termo Aditivo; b) parecer do chefe do DECAM pela procedência do pleito feito pelo Contratado, mesmo após a equipe técnica do Departamento ter indicado pela inviabilidade da retomada discussão; b) parecer da chefe da DCON/DEJUR e da chefe do DEJUR pela procedência do mesmo pleito, mesmo sendo óbvia a inconsistência jurídica da solicitação, conforme foi demonstrado em parecer posterior das mesmas pessoas. Como efeito, caso a Administração da ECT não tivesse sido alterada em função de veiculação de denúncias pela imprensa, ocorreria dispêndio indevido entre R\$ 3.400.752,98 (três milhões quatrocentos mil setecentos e cinquenta e dois reais e noventa e oito centavos) e R\$ 8.599.725,94 (oito milhões quinhentos e noventa e nove mil setecentos e vinte e cinco reais e noventa e quatro centavos) dos cofres da ECT em favor do Consórcio.

4.5. **Conclusão:** A retomada na ECT, por provocação do Contratado, de discussão de tema que já havia sido completamente resolvido pelo 5º Termo Aditivo, caracterizou irregularidade da forma como foi conduzida, pois ficou evidenciado que o ex-chefe do DECAM, a ex-chefe da DCON/DEJUR e a chefe do DEJUR deram prosseguimento à renegociação, com parecer parcialmente favorável ao pleito do Contratado, embora soubessem da total inviabilidade jurídica da retomada da discussão.

4.5.1. Sendo assim, entendemos que a responsabilidade pela impropriedade ora tratada recai sobre os seguintes empregados:

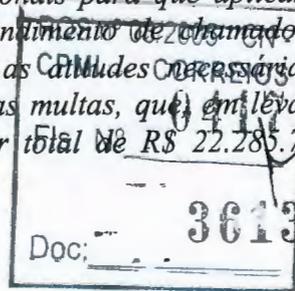
- a) Sr. Maurício Marinho, à época chefe do Departamento de Contratação e Administração de Materiais (DECAM), por dar prosseguimento sabidamente indevido, com parecer parcialmente favorável, à renegociação de tema que já havia sido encerrado com a assinatura do 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;
- b) Sra. Valéria Cristina Silva Almeida Pessoa, à época chefe da DCON/DEJUR, e atualmente chefe da DIDA/DEJUR, por dar prosseguimento sabidamente indevido, com parecer parcialmente favorável, à renegociação de tema que já havia sido encerrado com a assinatura do 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;
- c) Sra. Maria de Fátima Morais Seleme, chefe do Departamento Jurídico desde outubro de 2002, por dar prosseguimento sabidamente indevido, com parecer parcialmente favorável, à renegociação de tema que já havia sido encerrado com a assinatura do 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;

4.6. **Proposta de Encaminhamento:** Realizar, nos termos do art. 43, inciso II, da Lei n. 8.443/92, a audiência dos responsáveis arrolados no item 4.5.1, para que justifiquem os motivos pelo qual deram prosseguimento sabidamente indevido, com parecer parcialmente favorável, à renegociação de tema que já havia sido encerrado com a assinatura do 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;

5. Achado 3 – Não aplicação de multas propostas pelas Diretorias Regionais em função de demora no atendimento de chamados durante a garantia.

5.1. Situação encontrada:

Nos anos de 2004 e 2005, o Departamento de Contratação e Administração de Materiais (DECAM) foi acionado pelas Diretorias Regionais para que aplicasse multas previstas contratualmente em função de atraso no atendimento de chamados para reparos nos equipamentos em garantia, mas não tomou as providências necessárias para que fossem efetivamente cobradas do Consórcio as devidas multas, que, em levantamento inicial da nova gestão do DECAM, chegariam ao valor total de R\$ 22.285.723,29 (vinte e dois



milhões duzentos e oitenta e cinco mil setecentos e vinte e três reais e vinte e nove centavos).

5.1.1. O Contrato nº 11.346/2002 prevê, na parte que se refere à execução da garantia dos equipamentos adquiridos, multa por atraso no atendimento dos chamados, conforme se segue:

“8.6.2. Os prazos máximos para atendimento e solução do problema estão discriminados na tabela abaixo, contados em horas corridas, excluindo sábados, domingos e feriados.

	ATENDIMENTO	SOLUÇÃO DO PROBLEMA
SEDE DAS DIRETORIAS REGIONAIS	02 HORAS CORRIDAS	04 HORAS CORRIDAS
ATÉ 200KM DAS SEDES DR 'S	06 HORAS CORRIDAS	08 HORAS CORRIDAS
ACIMA DE 200KM DAS SEDES DAS DR 'S	06 HORAS CORRIDAS	12 HORAS CORRIDAS

(...)

11.3.3. Pelo atraso do início do atendimento, nos termos do subitem 8.6.2. deste Contrato: 1% (um por cento) do valor dos equipamentos questionados, por hora de atraso;

11.3.4. Pelo atraso do efetivo reparo dos equipamentos, nos termos do subitem 8.6.2. deste Contrato: 2% (dois por cento) do valor dos equipamentos questionados, por hora de atraso;”

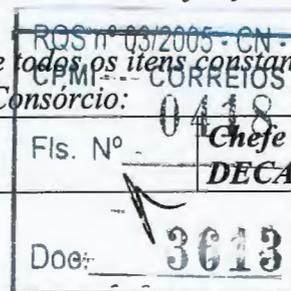
5.1.2. Na análise dos documentos relativos à execução do Contrato nº 11.346/2002 a equipe de auditoria encontrou várias propostas de multas por atrasos no reparo dos equipamentos, conforme previsto no contrato, originadas do Grupo de Trabalho PRT/PR-229/2002 e das Gerências Técnicas de várias Diretorias Regionais. Estas propostas de multas foram consolidadas no Levantamento de Aplicação de Multas elaborado na nova Gestão do DECAM (anexo 4, fls. 2), que levantou um valor total de R\$ 22.285.723,29 (vinte e dois milhões duzentos e oitenta e cinco mil setecentos e vinte e três reais e vinte e nove centavos).

5.1.3. No citado levantamento, o DECAM optou por considerar apenas as CI de solicitação de aplicação de multa de 2003 e 2004, cuja soma de valores totaliza R\$ 3.721.076,55 (três milhões setecentos e vinte e um mil e setenta e seis reais e cinqüenta e cinco centavos). Quanto às CI de 2005, o DECAM optou por desconsiderá-las e efetuar o recálculo das multas devidas por atraso, baseando-se apenas no sistema de Help Desk da ECT e obtendo, assim, o valor de R\$ 18.419.117,04 (dezoito milhões quatrocentos e dezenove mil cento e dezessete reais e quatro centavos), informado no item 32 do levantamento. O item 33 refere-se a CI de solicitação de multa da DR SPI no valor de R\$ 145.529,80 (cento e quarenta e cinco mil quinhentos e vinte e nove reais e oitenta centavos), enviada no decorrer do levantamento, e que provavelmente será posteriormente acrescido ao valor do item 32 da planilha. Destaque-se que, do total relativo ao período 2003/2004 (itens 1 a 31), os itens 1 e 2 referem-se a multas aplicadas por atraso na entrega de equipamentos e que foram efetivamente cobradas do Consórcio. Os demais itens referem-se a atrasos no atendimento a chamados efetuados com relação a problemas nos equipamentos durante o período de garantia. Destes, apenas um – listado no item 8 – resultou em multa efetivamente cobrada do Consórcio.

5.1.4. Do levantamento pode-se concluir que as CI reclamando de atrasos no atendimento, enviadas pelas DR durante a gestão do Sr. Adauto Tameirão Machado, resultaram todas em CT de aplicação de multa enviadas ao Consórcio. A partir da gestão do Sr. Mauricio Marinho, não apenas o andamento das CT já enviadas pelo DECAM ao Consórcio foi interrompido, como também nenhuma CI reclamando de atrasos no atendimento, enviada pelas DR, resultou em CT de aplicação de multa, a não ser uma, da DR MT, na qual a ECT havia sido multada pelo Inmetro em função de desregulagem de balanças.

5.1.5. A tabela abaixo descreve o último andamento de todos os itens constantes do levantamento para os quais foram originadas CT de aplicação de Multa ao Consórcio:

Item do Levant-	CT DECAM	Valor	Último Andamento	Fls. Nº	do DECAM	do no



<i>tamento</i>				Último Andamento
1	2710/03 de 30/5/2003	R\$ 137.768,56	<u>Multa cobrada.</u>	Adauto Tameirão Machado
2	2810/03 de 30/5/2003	R\$ 89.416,40	<u>Multa cobrada.</u>	Adauto Tameirão Machado
3	4099/03 de 1/12/2003	R\$ 666.591,99	<u>Multa não cobrada.</u> Em 26/3/2004 o DECAM cobra da DR SPI análise da defesa apresentada pelo Consórcio.	Adauto Tameirão Machado
4	4222/03 de 22/12/2003	R\$ 213.601,09	<u>Multa não cobrada.</u> Em 16/6/2004 a DR SPI enviou ao DECAM análise da defesa apresentada pelo Consórcio.	Maurício Marinho
5	2057/04 de 14/1/2004	R\$ 158.189,07	<u>Multa não cobrada.</u> Em 16/6/2004 a DR SPI enviou ao DECAM análise da defesa apresentada pelo Consórcio.	Maurício Marinho
6	2317/04 de 17/3/2004	R\$ 62.240,43	<u>Multa não cobrada.</u> Em 19/5/2004 a DR RS enviou ao DECAM análise da defesa apresentada pelo Consórcio.	Adauto Tameirão Machado
7	2464/04 de 22/4/2004	R\$ 14.919,97	<u>Multa não cobrada.</u> Não consta do processo a defesa do Consórcio em 5 dias úteis.	Adauto Tameirão Machado
8	2049/05 de 20/1/2005	R\$ 11.881,25	<u>Multa cobrada.</u>	Maurício Marinho

5.1.6. Nos itens 1 e 2, as primeiras propostas de multas constantes do processo de execução contratual foram feitas pelo Grupo de Trabalho 229/2002, formado especificamente para a implantação da solução da rede integrada de atendimento e referem-se a atrasos na entrega dos equipamentos. Estas multas foram efetivamente cobradas do consórcio, via glosa em faturas das Empresas. Por intermédio da CT/DECAM 2371/2003 (anexo 4, fls. 8) foi comunicada ao Consórcio a glosa de R\$ 422.198,53 (quatrocentos e vinte e dois mil cento e noventa e oito reais e cinqüenta e três centavos) em suas faturas. Após serem apresentadas as defesas do Consórcio, a ECT enviou à Contratada as CT/DECAM 2710/2003 (anexo 4, fls. 9) e 2810/2003 (anexo 4, fls. 11), comunicando devolução de valores em razão das multas finais ficarem calculadas em R\$ 137.768,56 (cento e trinta e sete mil setecentos e sessenta e oito reais e cinqüenta e seis centavos) e R\$ 89.416,40 (oitenta e nove mil quatrocentos e dezesseis reais e quarenta centavos). Nesta época, chefe do DECAM era o Sr. Adauto Tameirão Machado.

5.1.7. Os itens 4, 5 e 6 referem-se a CT enviadas ao Consórcio durante a gestão do Sr. Adauto Tameirão Machado e que tiveram prosseguimento normal até a gestão do Sr. Maurício Marinho, quando tiveram seu andamento interrompido, ou seja, sem a cobrança efetiva das multas. O item 4 refere-se à CT/DECAM-4222/2003 (anexo 4, fls. 12), que aplica multa por atrasos no atendimento na DR SPI. Após algumas solicitações e autorizações de adiamento, o Consórcio apresentou defesa a esta CT e o processo foi novamente remetido à DR, que procedeu à avaliação e a remeteu novamente ao DECAM em 16/6/2004, por meio da CI GERAD/SPI-0852/2004 (anexo 4, fls. 13), portanto, quando o Sr. Maurício Marinho já era chefe do DECAM, já que a função foi por ele assumida em 9/6/2004, conforme Portaria-/PR/097/2004 (anexo 4, fls. 14). Não há prosseguimento à aplicação da multa a partir deste dia. O item 5 refere-se à CT/DECAM-2057/2004 (anexo 4, fls. 15), que aplica multa por atrasos no atendimento na DR SPI. Após algumas solicitações e autorizações de adiamento, o Consórcio apresentou defesa a esta CT e o processo foi novamente remetido à DR, que procedeu à avaliação e a remeteu novamente ao DECAM em 16/6/2004, mediante a CI GERAD/SPI-8054/2004 (anexo 4, fls. 16), quando o Sr. Maurício Marinho já era chefe do DECAM. Não há prosseguimento à aplicação da multa a partir deste dia. O item 6 refere-se à CT/DECAM-2317/2004 (anexo 4, fls. 17), que aplica multa por atrasos no atendimento na DR RS. Após algumas solicitações e autorizações de adiamento, o Consórcio apresentou defesa a esta CT e o processo foi novamente remetido à DR, que procedeu à avaliação e a remeteu novamente ao DECAM em

19/5/2004 (anexo 4, fls. 18), portanto apenas 15 dias úteis antes do Sr. Mauricio Marinho assumir a gestão do DECAM. Não há prosseguimento à aplicação da multa a partir deste dia.

5.1.8. O item 3 refere-se à CT/DECAM-4099/2003 (anexo 4, fls. 19), que aplica multa por atrasos no atendimento na DR SPI. A CT foi enviada ao Consórcio em 22/12/2003, ainda na gestão do Sr. Adauto Tameirão Machado. A multa também não foi efetivamente cobrada. Após algumas solicitações e autorizações de adiamento, o Consórcio apresentou defesa a esta CT e o processo foi novamente remetido à DR em 13/1/2004, por intermédio da CI/DECAM-2074/2004 (anexo 4, fls. 20). Não consta do processo a resposta da DR SPI a esta consulta, mesmo tendo o DECAM cobrado da DR, por meio da CI/DECAM 2398/2004 de 26/3/2004 (anexo 4, fls. 21), posicionamento com relação a esta defesa e as defesas às CT 422/203 e 2057/2004. Conforme pode-se verificar no item 5.1.7, DR SPI avaliou apenas as duas outras defesas do Consórcio e as respondeu em 16/6/2004. Portanto, deve-se considerar que a resposta da DR SPI, ou foi extraviada, ou está embutida nas outras duas avaliações. De qualquer modo, a nova gestão do DECAM (Sr. Mauricio Marinho) deveria ter cobrado da DR posicionamento quanto a esta avaliação de Defesa, quando do recebimento das demais.

5.1.9. O item 7 refere-se à CT/DECAM-2464/2004 (anexo 4, fls. 22), que aplica multa de R\$ 14.919,97 ao Consórcio, por atrasos no atendimento na DR BA. A CT foi enviada ao Consórcio em 22/04/2004, ainda na gestão do Sr. Adauto Tameirão Machado. Não consta do processo defesa do Consórcio a esta CT. A multa, que deveria ter sido glosada no pagamento da fatura com vencimento em maio de 2004 não foi efetivamente cobrada pelo DECAM.

5.1.10. O item 8 refere-se à CT/DECAM-2049/2005 (anexo 4, fls. 23), que aplica multa por atrasos no atendimento na DR MT. A CT foi enviada ao Consórcio em 20/1/2005, já na gestão do Sr. Mauricio Marinho, e a multa foi efetivamente glosada das faturas do Consórcio, conforme CI/DECAM-2289/2005 (anexo 4, fls. 25). Nenhuma outra multa solicitada durante a gestão do Sr. Mauricio Marinho à frente do DECAM foi efetivamente cobrada do Consórcio. A diferença desta penalidade para as demais, é que, neste caso específico, a ECT havia sido multada pelo Inmetro em R\$ 1.175,27 (mais R\$ 139,60 de taxa de aferição) devido à demora do Consórcio em atender a chamado de conserto de balança, conforme se observa na CI/GERAD/DR/MT-0211/2005 (anexo 4, fls. 26) e, caso não fosse cobrada multa do Consórcio, algum responsável da ECT teria que arcar posteriormente com o prejuízo relativo à penalidade aplicada pelo Inmetro, pois esta foi paga com os recursos da ECT, conforme Autorização de Pagamento PG-1569, de 13/11/04 (anexo 4, fls. 27).

5.1.11. As demais CI queixando-se de atrasos no atendimento pelo Consórcio, enviadas pelas DR e recebidas no DECAM durante a gestão do Sr. Mauricio Marinho, não resultaram em aplicação de multa ao Consórcio. No conjunto de documentos analisados pela equipe de auditoria, verificou-se que o DECAM não dava prosseguimento à aplicação das multas alegando que, para que tal procedimento fosse adotado, seria necessário o parecer do Gestor Operacional a respeito, além do "de acordo" do diretor da área, conforme determinado na CI GAB/DECAM-020/2004-CIRCULAR, de 25/8/2004 (anexo 4, fls. 28). Como exemplos, podemos elencar as CI/DECAM 2097/2005, 2156/2005, 2117/2005, 2200/2005, 2366/2005, 2367/2005, 2532/2005 2404/2005, e 2682/2005 (anexo 4, fls. 29 a 37).

5.1.12. Entretanto, conforme se depreende da análise das CI CSG/DGCS/DECAM-2467/2005, de 14/4/2005 (anexo 4, fls. 38), em que o DECAM questiona sobre o gestor operacional do Contrato nº 11.346/2002, respondida pelas CI CI/DICOM-770/2005, CI/DITEC-1057/2005, CI/DITEC-713/2005 e CI/CAD/DIEFI-1065/2005 (anexo 4, fls. 39 a 42), nas quais nenhum dos diretores assume tal gestão, a ECT não definiu, durante praticamente toda a vigência do Contrato, um gestor operacional para acompanhar a garantia dos equipamentos. A definição só veio a ocorrer na nova gestão, em 17/8/2005, conforme explicitado na CI/DIRAD-1128/2005 (anexo 4, fls. 43), que define como Gestor Operacional do Contrato nº 11.346/2002 o Departamento de Manutenção da DITEC.

5.1.13. Saliente-se que, por meio da CI CSC/DGCS/DECAM-3974/2004, de 9/11/2004 (anexo 4, fls. 44), o DECAM havia informado ao DEMAN – Departamento de Manutenção da Diretoria de Tecnologia (DITEC) – ser este o gestor operacional do contrato. Entretanto, conforme se pode observar nas CI DMRA/DEMAN 20038, 20040, 20041, 20046, 20047, 20048, 20050, 20052, 20055, 20056, 20058, 20060, 20063, 20064, 20066, 20068, 20072, 20082 e 20083, todas de 2005 (anexo 4, fls. 45 a 63), o DEMAN, entendeu não deter esta responsabilidade, pois não havia à época determinação formal para que exercesse tal função, determinação esta só emanada na nova gestão da Diretoria de Administração,



mediante à já citada CI/DIRAD-1128/2005. Embora tenha explicitado o DEMAN como gestor operacional do Contrato, o DECAM, em outro momento, atribuiu informalmente esta competência ao DEBAN – Departamento do Banco Postal – ao solicitar a este, por meio da CI CSC/DGCS/DECAM-2200/2005 (anexo 4, fls. 32), que constassem das CI de aplicação de penalidades o encaminhamento do DEBAN e o “de acordo” do Diretor Econômico-Financeiro. Porém, devido à inexistência de determinação formal, também o DEBAN entendeu não ser o gestor operacional do contrato, conforme se observa nas CI/DEBAN 0234/2005, 0050/2005, 0465/2005 (anexo 4, fls. 64 a 67).

5.1.14. A não indicação do gestor operacional configura descumprimento parcial do art. 67 da Lei nº 8.666/1993, em prejuízo do acompanhamento e da fiscalização do Contrato, resultando na não aplicação das multas devidas, bem como no atendimento insatisfatório das demandas das DR pelo Consórcio, como pode ser verificado na CI SEGC/GERAD/DR/MG-0306/2005 (anexo 4, fls. 75) e GEREN/DR/SC-1080/2004 (anexo 4, fls. 76). Preconiza o citado artigo:

“Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.”

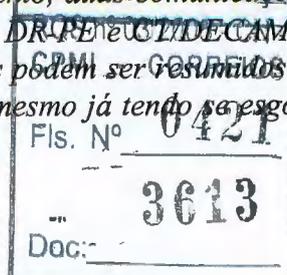
5.1.15. Portanto, o DECAM, mantida a indefinição quanto ao gestor operacional do contrato, e em face da CI/GAB/DECAM-020/2004, de 25/4/2004 acabou criando, com o aval do Diretor de Administração, uma situação em que vedava a si próprio aplicar multas no Contrato, mesmo havendo a solicitação pelas DR, pois não aceitava estas como gestores operacionais. Ressalte-se que este não era o posicionamento do DEBAN, pois, na CI ASS/DEBAN-234/2005 (anexo 4, fls. 64), esse Departamento informou que “a gestão operacional das DRs fica mais evidente, devido os chamados de manutenção de equipamentos estarem relacionados à necessidade de atestação de faturas de manutenção previstas na assistência técnica contratada”. Para isso, invoca a Nota Jurídica DEJUR/DJRAD-1174/2003, de 13/11/2003 (anexo 4, fls. 68), que indicava, já na época, os procedimentos a serem adotados caso fossem encontrados problemas na assistência técnica:

“- serviço de assistência técnica não realizado: fatura não atestada, com a ressalva pertinente, pagamento suspenso, encaminhamento ao DECAM via documentação comprobatória do ocorrido para início do procedimento administrativo de aplicação de multa, conforme cláusula décima primeira do contrato”.

5.1.16. Neste sentido, havendo dúvida quanto à gestão operacional do Contrato, o DECAM deveria aplicar as multas tendo apenas como insumo a solicitação das DR, já que estas eram as requisitantes do serviço de manutenção, como de fato havia procedido durante a gestão do Sr. Adauto Tameirão Machado (anexo 4, fls. 73).

5.1.17. Como estava claramente configurado que a não indicação do gestor operacional trazia graves prejuízos à ECT quanto à qualidade dos serviços prestados pelo Contratado, a nova gestão atuou rapidamente no sentido de definir imediatamente o gestor operacional e realizou o já citado Levantamento de Aplicação de Multas.

O objetivo do referido levantamento foi dar prosseguimento à aplicação das multas devidas. Entretanto, esta equipe de auditoria identificou que algumas solicitações de aplicação de penalidades feitas pelas DR não constam do levantamento, conforme pode-se verificar nas seguintes CI: CI/GEREN/DR/SC-1080/2004 (anexo 4, fls. 76), CI/GEREN/DR/PE-0017/2005 (anexo 4, fls. 90), CI/DEBAN-0679/2004 (anexo 4, fls. 94), CI/DEBAN-0681/2004 (anexo 4, fls. 97) e CI/DEBAN-0682/2004 (anexo 4, fls. 99). Também foi identificado que não estão presentes, no levantamento, duas comunicações de aplicação de multas: CT/DECAM-2424/2004 (anexo 4, fls. 102), referente à DR-PE/CT/DECAM-2476/2004 (anexo 4, fls. 104), referente à DR-GT. Estas multas, cujos andamentos podem ser resumidos no quadro abaixo, foram enviadas ao Consórcio e não tiveram cobrança efetiva, mesmo já tendo se esgotado o prazo para defesa do Contratado.



<i>DR</i>	<i>CT DECAM</i>	<i>Valor</i>	<i>Último Andamento</i>	<i>Chefe do DECAM Último Andamento</i>
<i>PE</i>	<i>2424/04 de 16/4/2004</i>	<i>R\$ 51.567,50</i>	<i>Multa não cobrada. Não consta do processo a defesa do Consórcio em 5 dias úteis.</i>	<i>Adauto Tameirão Machado</i>
<i>GT</i>	<i>2476/04 de 15/4/2004</i>	<i>R\$ 3.532,32</i>	<i>Multa não cobrada. Não consta do processo a defesa do Consórcio em 5 dias úteis.</i>	<i>Adauto Tameirão Machado</i>

5.1.18. Desta maneira, pode-se perceber que o levantamento realizado pela nova gestão do DECAM, embora bastante cuidadoso, não obteve sucesso em exaurir todas as solicitações de multa solicitadas pelas DR ao DECAM em 2003 e 2004. Desta forma, como todos os chamados estão registrados em sistemas de Help Desk da ECT, é muito mais seguro o DECAM proceder, para as multas de 2003 e 2004, cálculo inteiramente novo das penalidades a serem aplicadas, baseado nas datas e horas constantes do sistema de Help Desk, exatamente como fez para as multas de 2005.

5.1.19. Mesmo estando o levantamento realizado pela nova gestão do DECAM incompleto, percebe-se que os valores de multas devidas e não aplicadas ao Consórcio são extremamente elevados, ultrapassando o valor total contratado para a manutenção (R\$ 11.373.737,03). A não cobrança imediata das multas significa elevado prejuízo à ECT e a forma de cobrança destas multas, como determinado pela cláusula 11.6 do contrato, confirmado pela Nota Jurídica DEJUR/DJRAD-1174/2003 e procedido nas CT/DECAM 2710/2003 e 2810/2003 (itens 1 e 2 do levantamento), seria a glosa dos valores devidos em faturas a serem pagas. Como estabelece o item 2 da cláusula segunda do 4º Termo Aditivo ao Contrato (anexo 1, fls. 45), a garantia contratual ainda está em vigência até 5/12/2005, portanto ainda existem valores a serem pagos em função de serviços vinculados ao Contrato nº 11.346/2002. Desta maneira, **é imprescindível que a ECT suspenda imediatamente o pagamento das faturas vincendas do Consórcio até que seja concluído o levantamento completo das multas devidas, por meio da apuração em seu sistema de Help Desk, conforme preconizado no item 5.1.18.** A não adoção imediata desta medida gera o risco de a ECT não conseguir cobrar do Contratado os valores devidos, a não ser por intermédio da via judicial. A medida proposta encontra amparo no art. 86 da Lei nº 8.666/1993, que estabelece:

“Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

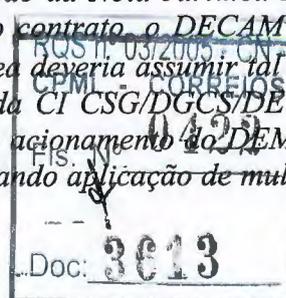
§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.”

(Grifos nossos)

5.1.20. Da análise dos responsáveis pela não aplicação das multas, resta claro que o DECAM, sob gestão do Sr. Maurício Marinho, e a DIRAD, sob gestão do Sr. Antônio Osório Menezes Batista, criaram, por meio da CI/GAB/DECAM-020/2004, dificuldades extremas para que fossem aplicadas as penalidades, pois passaram a impedir o procedimento normal de aplicação de multas que já vinha sendo seguido com sucesso na gestão anterior do DECAM sob orientação da Nota Jurídica DEJUR/DJRAD-1174/2003. Não aceitando as DR como gestores operacionais do contrato, o DECAM demorou tempo excessivo para acionar as áreas competentes para definir qual área deveria assumir tal gestão, só vindo a fazê-lo, sem sucesso, em 14/4/2005, por intermédio da já citada CI CSG/DGCS/DECAM-2467/2005 (anexo 4, fls. 38). Também atuou o DECAM intempestivamente no acionamento do DEBAN e o DEBAN para que se posicionassem quanto as CI enviadas pelas DR solicitando aplicação de multas, conforme se



pode observar na já citadas CI CSG/DGCS/DECAM-2097/2005, só emitida em 24/1/2005, e CI CSG/DGCS/DECAM-2366/2005, só emitida em 18/3/2005. Além disso, o Sr. Maurício Marinho não deu prosseguimento ao andamento das multas já aplicadas ao consórcio por meio das CT 4099/2003, 4222/2003, 2057/2004, 2317/2004 2464/2004, 2424/2004 e 2476/2004. A única multa aplicada pelo Sr. Maurício Marinho refere-se à situação descrita no item 5.1.10, no qual algum administrador teria que ser responsabilizado pela multa de R\$ 1.175,27, cobrada da ECT pelo Inmetro. A atuação do DECAM na citada gestão favoreceu amplamente o Consórcio, ao permitir que este prestasse atendimento insatisfatório às agências, sem receber, em contrapartida, as penalidades devidas.

5.1.21. Quanto ao Sr. Aduino Tameirão Machado, as multas aplicadas ao Consórcio por meio das CT/DECAM 4099/2003, 2317/2004 e 2464/2004, constantes do levantamento realizado pela nova gestão do DECAM, bem como as aplicadas por intermédio das CT/DECAM 2424/2004 e 2476/2004, não presentes no levantamento, tiveram seu último andamento documentado ainda durante sua gestão. A equipe de auditoria não verificou ação ou omissão do servidor no sentido de prejudicar a aplicação das referidas multas. Em relação à CT/DECAM 4099/2003, o item 5.1.8 é claro em demonstrar que só em 16/6/2004 a DR SPI apresentou ao DECAM as análises de defesas que haviam dela sido requisitadas em 26/3/2004, por meio da CI/DECAM-2398/2004. De todas as análises, apenas a relativa à defesa da CT/DECAM 4099/2003 não foi enviada ao DECAM. Portanto, ou esta análise foi extraviada do processo, ou deveria ter sido cobrada da DR SPI já pelo Sr. Maurício Marinho, pois foi ele que recebeu as demais análises apresentadas pela DR. Em relação às CT/DECAM 2424/2004, 2464/2004 e 2476/2004, é de se estranhar que o Consórcio não tenha apresentado defesa, pois isso resultaria em prejuízo a seus cofres. Pode-se supor, portanto, que estas tenham sido extraviadas do processo. Em outra hipótese, caso o Consórcio realmente não tenha cumprido os prazos para apresentação das defesas, que se esgotavam a partir de 23/4/2004, os valores deveriam ter sido glosados de notas fiscais vincendas em fins de maio ou em junho. O tempo para que o DECAM tomasse as atitudes de comunicação à Contratada da cobrança e para tramitação dos expedientes para a glosa nas faturas foi bastante exíguo até o DECAM ser assumido pelo Sr. Maurício Marinho, em 9/6/2004. O mesmo se observa quanto à resposta da DR-RS à Defesa do Consórcio à CT/DECAM-2317/2004, somente enviada pela DR em 19/5/2004, conforme já analisado no item 5.1.7 desta instrução. Por outro lado, o Sr. Aduino Tameirão Machado tomou todas as atitudes para aplicar ao Consórcio multas elevadas (CT/DECAM 2710/2003 e 2810/2003) e deu andamento tempestivo aos demais processos até maio de 2004, que foi seu último mês de gestão à frente do DECAM. Desta forma, entende esta equipe, s.m.j., que não cabe ao Sr. Aduino Tameirão Machado responsabilidade sobre a não aplicação de multas no Contrato nº 11.346/2002.

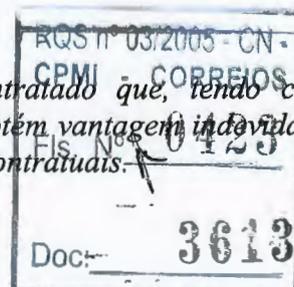
5.1.22. Os chefes do DEMAN e do DEBAN à época das ocorrências responderam aos questionamentos do DECAM quanto às multas solicitadas pelas DR, informando não serem estes Departamentos gestores operacionais do contrato. Ainda assim, mesmo não sendo gestores, atuaram no sentido de provocar o DECAM para realizar a aplicação das multas, conforme se observa nas já citadas CI/DEMAN 20038, 20040, 20041, 20046, 20047, 20048, 20050, 20052, 20055, 20056, 20058, 20060, 20063, 20064, 20066, 20068, 20072, 20082 e 20083, todas de 2005 e CI/DEBAN 0050/2005, 0234/2005 e 0465/2005. Desta forma, entende esta equipe, s.m.j., que não cabe aos chefes dos citados departamentos à época das ocorrências a responsabilidade sobre a não aplicação de multas no Contrato nº 11.346/2002.

5.1.23. A atitude dos responsáveis e do Contratado quanto à questão pode ser analisada à luz do art. 92 da Lei nº 8.666/1993:

"Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.



5.2. **Critério:** Contrato, cláusulas 8.6.2, 11.3.3 e 11.3.4; Lei nº 8.666/1993, arts. 67, 86 e 92.

Evidências: Os documentos referenciados nos itens 5.1.1 a 5.1.23.

5.3. **Causas e efeitos:** As causas da irregularidade apontada foram: a) emissão de norma pelo DECAM, impossibilitando o próprio Departamento de aplicar multas solicitadas pelas DR, já que o DECAM rejeitou a autonomia das DR no sentido de solicitar as penalidades; b) intempestividade do DECAM no acionamento das áreas competentes para a definição do gestor operacional, uma vez determinado que as DR não podiam assumir tal função. Como efeito, o contrato ficou sem gestor operacional e não foram aplicadas as multas no valor estimado de R\$ 22.285.723,29 (vinte e dois milhões duzentos e oitenta e cinco mil setecentos e vinte e três reais e vinte e nove centavos), possibilitando ao Consórcio prestar atendimento insatisfatório sem qualquer punição, prejudicando sensivelmente os procedimentos operacionais das agências.

5.4. **Conclusão:** A invalidação, pelo DECAM, com o aval da DIRAD, dos procedimentos de aplicação de multas ao Consórcio que vinham sendo praticados com sucesso, e o estabelecimento de procedimento que exigia novo gestor operacional, sem a definição imediata de tal gestor, caracterizou irregularidade da forma como foi conduzida, pois ficou evidenciado que o ex-chefe do DECAM e o ex-chefe da DIRAD acabaram por favorecer ao Contratado, que pôde prestar atendimento insatisfatório às agências, sem receber qualquer multa prevista no contrato.

5.4.1. Sendo assim, entendemos que a responsabilidade pela impropriedade ora tratada recai sobre os seguintes empregados:

a) Sr. Maurício Marinho, CPF 126.695.711-15, à época chefe do Departamento de Contratação e Administração de Materiais (DECAM), por produzir norma que beneficiou o Consórcio, ao retirar das DR a autonomia para solicitar a aplicação de penalidades, bem como por não exigir imediatamente das áreas competentes a definição do novo gestor operacional, e se furtar, alegando tal norma, de aplicar as multas devidas;

b) Sr. Antônio Osório Menezes Batista, CPF 020.446.505-72, à época Diretor de Administração da ECT, por aprovar norma que beneficiou o Contratado ao impedir o DECAM de aplicar as multas devidas, por retirar das DR a autonomia para solicitar a aplicação de penalidades;

5.5. **Proposta de Encaminhamento:** Realizar, nos termos do art. 43, inciso II, da Lei nº 8.443/92, a audiência dos responsáveis arrolados no item 4.5.1, para que justifiquem os motivos pelo qual produziram e aprovaram norma que impediu o DECAM de aplicar as multas devidas, favorecendo indubitavelmente o Contratado.

5.5.1. Nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, 45 da Lei nº 8.443/92, determinar à ECT que, no prazo de 10 dias, adote as medidas administrativas necessárias à aplicação das multas previstas no art. 86 da Lei nº 8.666/93 às empresas Novadata Sistemas e Computadores SA e Positivo Informática Ltda., integrantes do Consórcio Alpha, no âmbito do Contrato nº 11.346/2002, a partir do levantamento completo das multas devidas, preferencialmente por meio da apuração no sistema Help Desk da ECT, suspendendo o pagamento das faturas relativas aos serviços objeto do contrato até a conclusão de tais apurações, considerando o disposto na cláusula 11.6 do contrato e na Nota Jurídica DEJUR/DJRAD 1174/2003.

5.5.2. Alertar aquela entidade que deverá apurar as multas devidas pelo contratado por atraso no atendimento de chamadas nos anos de 2003, 2004 e 2005, ou mesmo por inexecução e aplicá-las antes do término do contrato, adotando, se for o caso, as medidas judiciais cabíveis para recuperação dos valores excedentes ao saldo contratual existente;

5.5.3. Determinar, nos termos do Inciso II do art. 250 do Regimento Interno, que a ECT adote procedimentos de controle efetivos que vinculem os gestores à cobrança tempestiva de multas das empresas contratadas.

6. CONCLUSÃO

6.1. Por todo exposto, restam evidenciadas as irregularidades ocorridas quando da execução do Contrato nº 11.346/2002, que macularam a legalidade e economicidade do procedimento.

6.2. Assim sendo, constatamos que.



- a) Foi concedido indevidamente ao Consórcio Alpha, cujo líder é a empresa NOVADATA, reequilíbrio econômico-financeiro, com acréscimo de R\$ 5.517.286,97 (cinco milhões quinhentos e dezessete mil duzentos e oitenta e seis reais e noventa e sete centavos) no valor global do Contrato nº 11.346/2002 utilizando, como argumento, súbita desvalorização do Real frente ao Dólar a partir de agosto de 2002;
- b) A ECT aceitou retomar discussão acerca do percentual devido em função do reequilíbrio econômico-financeiro no âmbito Contrato nº 11.346/02, discussão esta que já havia sido completamente encerrada, sem chances de contestação, por meio da assinatura do 5º Termo Aditivo, pois este representou acordo das partes para restabelecer a relação que pactuaram inicialmente;
- c) Nos anos de 2004 e 2005, o Departamento de Contratação e Administração de Materiais (DECAM), cientificado pelas Diretorias Regionais quanto à necessidade de aplicação das multas previstas contratualmente em função de atraso no atendimento de chamados para reparos nos equipamentos em garantia, não tomou as atitudes necessárias para que as multas fossem efetivamente cobradas do Consórcio.

6.3. Por fim, observamos que as irregularidades relatadas confirmam a declaração do Sr. Maurício Marinho, transcritas no item 3.1.1 desta instrução, quando menciona as negociações indevidas mantidas entre a ECT e a empresa NOVADATA, o que corrobora as nossas conclusões.

6.4. Desta forma, propomos a adoção de medidas para que a ECT consiga cobrar multas devidas e para que os responsáveis possam recolher aos cofres públicos os valores pagos indevidamente pela ECT e apresentar alegações de defesa e/ou razões de justificativa para as irregularidades ora analisadas.

6.5. Os benefícios esperados a partir das ações propostas, conforme classificação estabelecida no Anexo 1 à Portaria TCU nº 059/2004 de 30/01/2004, consistem nas seguintes melhorias: redução do sentimento de impunidade (item 3.9), fornecimento de subsídios para a atuação do Congresso Nacional (item 3.11) e fornecimento de subsídios para a atuação do Ministério Público (item 3.14).

7. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Com fulcro nos arts. 11, 12, inciso II, da Lei Orgânica do TCU c/c os arts. 157, 252, do RI/TCU propomos:

7.1. Nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, 45 da Lei nº 8.443/92, determinar à ECT que, no prazo de 10 dias, adote as medidas administrativas necessárias à aplicação das multas previstas no art. 86 da Lei nº 8.666/93 às empresas Novadata Sistemas e Computadores SA e Positivo Informática Ltda., integrantes do Consórcio Alpha, no âmbito do Contrato nº 11.346/2002, a partir do levantamento completo das multas devidas, preferencialmente por meio da apuração no sistema Help Desk da ECT, suspendendo o pagamento das faturas relativas aos serviços objeto do contrato até a conclusão de tais apurações, considerando o disposto na cláusula 11.6 do contrato e na Nota Jurídica DEJUR/DJRAD 1174/2003.

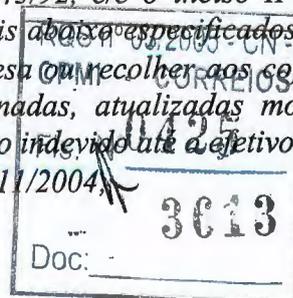
7.2. Alertar aquela entidade que deverá apurar as multas devidas pelo contratado por atraso no atendimento de chamadas nos anos de 2003, 2004 e 2005, ou mesmo por inexecução e aplicá-las antes do término do contrato, adotando, se for o caso, as medidas judiciais cabíveis para recuperação dos valores excedentes ao saldo contratual existente;

7.2.1. Determinar, nos termos do Inciso II do art. 250 do Regimento Interno, que a ECT adote procedimentos de controle efetivos que vinculem os gestores à cobrança tempestiva de multas das empresas contratadas.

7.2.2. Sejam os autos convertidos em Tomada de Contas Especial, consoante o disposto no art. 47 da Lei nº 8.443/92 e art. 197 do Regimento Interno;

7.2.3. Nos termos do inciso II do art. 12 da Lei nº 8.443/92, c/c o inciso II do art. 202 do Regimento Interno/TCU, determinar, a CITAÇÃO dos responsáveis abaixo especificados para, no prazo de quinze dias, a contar da ciência, apresentar alegações de defesa ou recolher aos cofres do Tesouro Nacional, com recursos próprios, as quantias abaixo discriminadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora devidos, desde as datas de pagamento indevido até o efetivo recolhimento:

- i. R\$ 2.517.286,97 – pagamento indevido em: 28/11/2004



- ii. R\$ 1.500.000,00 – pagamento indevido em: 30/12/2004;
- iii. R\$ 1.500.000,00 – pagamento indevido em: 30/01/2005;

Responsáveis:

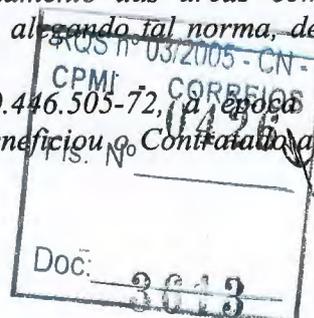
- a) Sr. João Henrique de Almeida Sousa, CPF 035.809.703-72, à época Presidente da ECT, por aprovar e assinar o 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;
- b) Sr. Antônio Osório Menezes Batista, CPF 020.446.505-72, à época Diretor de Administração da ECT, por conduzir a negociação, aprovar e assinar o 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;
- c) Srs. Eduardo Medeiros de Moraes, CPF 150.199.771-87, à época Diretor de Tecnologia e Infra-Estrutura, Maurício Coelho Madureira, CPF 214.618.301-25, à época Diretor de Operações, Ricardo Henrique Suñer Caddah, CPF 430.243.947-53, à época Diretor Econômico Financeiro e Robinson Koury Viana da Silva, CPF 133.297.904-15, à época Diretor de Recursos Humanos, por terem autorizado o reequilíbrio na REDIR de 17/11/2004;
- d) Sra. Valéria Cristina Silva Almeida Pessoa, CPF 351.856.861-20, à época chefe da DJTEC/DEJUR, e atualmente chefe da DIDA/DEJUR e Sra. Maria de Fátima Moraes Seleme, CPF 519.721.749-91, chefe do Departamento Jurídico desde outubro de 2002, por não terem considerado quaisquer aspectos jurídicos e descartado de forma pouco criteriosa a Tese de Gerenciamento de Risco do GT 170/2003, na Nota Jurídica DEJUR/DJTEC-956/2004;
- e) As empresas Novadata Sistemas e Computadores S.A., CNPJ nº 51.754.240/0001-12, e Positivo Informática Ltda., CNPJ nº 81.243.735/0001-48, por serem as beneficiárias do acréscimo contratual indevido.

7.3. Realizar, nos termos do art. 43, inciso II, da Lei n. 8.443/92, a audiência dos responsáveis abaixo identificados, para que justifiquem os motivos pelo qual deram prosseguimento sabidamente indevido, com parecer parcialmente favorável, à renegociação de tema que já havia sido encerrado com a assinatura do 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002.

- a) Sr. Maurício Marinho, CPF 126.695.711-15, à época chefe do Departamento de Contratação e Administração de Materiais (DECAM), por dar prosseguimento sabidamente indevido, com parecer parcialmente favorável, à renegociação de tema que já havia sido encerrado com a assinatura do 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;
- b) Sra. Valéria Cristina Silva Almeida Pessoa, CPF 351.856.861-20, à época chefe da DCON/DEJUR, e atualmente chefe da DIDA/DEJUR, por dar prosseguimento sabidamente indevido, com parecer parcialmente favorável, à renegociação de tema que já havia sido encerrado com a assinatura do 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;
- c) Sra. Maria de Fátima Moraes Seleme, CPF 519.721.749-91, chefe do Departamento Jurídico desde outubro de 2002, por dar prosseguimento sabidamente indevido, com parecer parcialmente favorável, à renegociação de tema que já havia sido encerrado com a assinatura do 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 11.346/2002;

7.4. Realizar, nos termos do art. 43, inciso II, da Lei n. 8.443/92, a audiência dos responsáveis abaixo arrolados, para que apresentem justificativas para as ocorrências a seguir relacionadas.

- a) Sr. Maurício Marinho, CPF 126.695.711-15, à época chefe do Departamento de Contratação e Administração de Materiais (DECAM), por produzir norma que beneficiou o Consórcio, ao retirar das DR a autonomia para solicitar a aplicação de penalidades, bem como por não exigir imediatamente das áreas competentes a definição do novo gestor operacional, e se furtar, alegando tal norma, de aplicar as multas devidas;
- b) Sr. Antônio Osório Menezes Batista, CPF 020.446.505-72, à época Diretor de Administração da ECT, por aprovar norma que beneficiou o Consórcio ao impedir o



DECAM de aplicar as multas devidas, por retirar das DR a autonomia para solicitar a aplicação de penalidades;

7.5. *Nos termos art. 102 da Lei nº 8.666/1993 e do despacho do Exmo. Ministro-Relator Ubiratan Aguiar exarado no TC 007.694/2005-2, no que se refere ao estabelecimento de parceria com o Ministério Público, determinar a imediata remessa de cópia dos autos àquela instituição, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis;*

7.6. *Considerando a existência de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, no âmbito do Congresso Nacional, destinada a apurar as denúncias de corrupção na ECT, determinar a imediata remessa de cópia dos autos àquela Comissão, para adoção das medidas cabíveis;”*

3. A Secretária da 1ª Secex manifestou sua anuência às propostas formuladas pela equipe de auditoria, registrando, quanto à proposta para que a ECT tome as medidas para possibilitar a aplicação das multas por descumprimento dos prazos contratuais, que não é necessária a realização da oitiva das empresas, uma vez que a cobrança dessas multas será feita após regular processo administrativo a ser instaurado pela própria ECT. Ressaltou, também, a pertinência da retenção, em sede cautelar, dos valores ainda não pagos. Asseverou, por fim, que não mais existe garantia contratual, pois a prevista no contrato foi liberada, conforme estabelecido nas cláusulas 9.1 e 9.3 do contrato (fl. 40, v.p).

É o relatório.

VOTO

Registro, inicialmente, que diante das denúncias veiculadas pela Revista Veja (edição de 18/5/2005), noticiando possíveis irregularidades em contratações efetuadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, levei comunicação ao Plenário, na Sessão de 18/5/2005, determinando que a 1ª Secex “*procedesse aos levantamentos de dados necessários ao exame da matéria e, em conjunto com a Segecex, verificasse a possibilidade de desenvolver uma metodologia para atuação conjunta com o Ministério Público e outros órgãos públicos que entenderem pertinentes para o saneamento da matéria ora em discussão, de forma a racionalizar e agilizar a atuação dos entes fiscalizadores, mas mantendo a devida independência de suas esferas de atuação*”. Em virtude de tal comunicação, foi autuado o TC nº 007.694/2005-2 para a adoção das providências que foram determinadas.

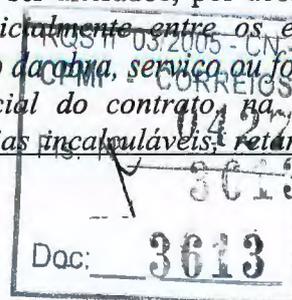
2. Em 6/7/2005, o Ministro Adylson Motta, Presidente desta Casa, comunicou aos demais Ministros que, em virtude das graves denúncias que vinham sendo veiculadas e conforme levantamentos realizados pela Segecex, se mostrava necessária a realização de auditorias em diversos órgãos e entidades, dentre eles a ECT.

3. A auditoria em curso na ECT possui escopo bastante amplo, sendo diversos os contratos analisados. De forma a imprimir maior celeridade nas apurações, definiu-se, em conjunto com a Segecex e a 1ª Secex, uma metodologia segundo a qual a equipe de auditoria, ao longo do trabalho de fiscalização, formularia representações específicas para situações em que fossem encontradas irregularidades, como é o caso do processo que ora se analisa.

4. A equipe apresenta fortes indícios de irregularidades na execução do Contrato nº 11.346/2002, celebrado entre a ECT e o Consórcio Alpha, formado pelas empresas Novadata e Positivo.

5. A primeira delas diz respeito ao reequilíbrio econômico-financeiro concedido, com base no art. 65, inciso II, alínea ‘d’ da Lei nº 8.666/93, em razão da variação do dólar entre o momento de apresentação da proposta e o do fornecimento dos equipamentos.

6. O referido dispositivo estabelece que os contratos podem ser alterados, por acordo entre as 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 equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou*



impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.” (grifos meus).

7. A alta do dólar no período não se enquadrava em qualquer das situações previstas no citado dispositivo legal. Senão vejamos:

a) não se tratou de fato imprevisível. Na realidade, a elevação do preço do dólar já tinha se iniciado bem antes da formulação da proposta (18/7/2002). Apenas a título de exemplo, mencione-se que a variação do dólar entre 1/4/2002 e 18/7/2002 foi de cerca de 23,9%, percentual de variação praticamente idêntico ao observado entre 18/7/2002 e 27/12/2002 (data de entrega dos lotes 3 e 4 dos equipamentos), que foi de 23,1%. Isso demonstra que o processo de aumento do dólar se deu ao longo de praticamente todo o ano, não sendo exclusivo do período entre a apresentação das propostas e o fornecimento dos equipamentos (fonte de consulta das taxas de câmbio: sítio do Banco Central na Internet – www.bc.gov.br). Conforme destacou a equipe de auditoria, a Revista Suma Econômica, citada pelo próprio consórcio, já previa essa tendência de alta na edição de junho (fl. 197, anexo 2). Assim, não se pode alegar que foi um fato imprevisível;

b) não se tratou de fato previsível de conseqüências incálculáveis. Conforme demonstrado acima, os percentuais de variação do dólar no período entre a apresentação da proposta e a entrega dos equipamentos se deu em patamar semelhante ao que se verificou em período anterior, no mesmo ano. Além disso, conforme bem registrou a equipe de auditoria, a Revista Suma Econômica, na edição de julho, já disponível quando da apresentação da proposta, apontava para valores do dólar no restante do ano em patamares bem superiores àqueles utilizados pela ECT para deferir a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro (fls. 202/203, anexo 2).

c) não foi fato que retardou ou impediu a execução do objeto. Inicialmente, o prazo para entrega dos equipamentos foi alterado por razões que em nada tinham a ver com a alta do dólar, conforme relatório de fls. 51/57, anexo 1. E posteriormente o objeto foi executado normalmente.

8. Além da inaplicabilidade do dispositivo suscitado, alguns outros elementos, trazidos aos autos pela equipe de auditoria, evidenciam que a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro foi indevida. Destaco alguns desses elementos:

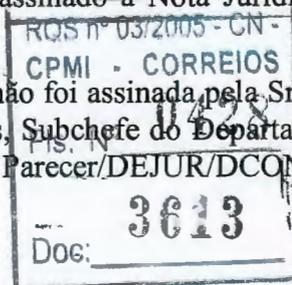
a) a comparação dos preços de equipamentos de informática nos meses de julho a dezembro de 2002, valores contidos na Revista InfoExame, demonstra que a variação do dólar no período não se refletiu nos preços dos equipamentos, que se mantiveram praticamente estáveis durante esses meses (fls. 131/148, anexo 2);

b) a variação percentual do Índice de Preços ao Consumidor (IPC-BR), referente ao item computadores e periféricos, apurado pela Fundação Getúlio Vargas no período de julho a dezembro de 2002, foi de 5,59%, inferior à variação do IPC-BR geral no período (8,97%) (fls. 10/11, v.p);

c) as notas fiscais e guias de importação anexadas aos autos indicam que não existe uma relação direta entre o valor do dólar e o dos equipamentos (fl. 12, v.p e 157/194, anexo 2).

9. Portanto, o valor pago ao Consórcio Alpha a título de reequilíbrio econômico-financeiro foi indevido, sendo pertinente a proposta da Unidade Técnica de conversão dos autos em TCE para a citação dos responsáveis pelos valores pagos a maior. Além das empresas Positivo e Novadata, propõe-se que sejam chamados a responder pelo débito o Presidente da ECT e o Diretor de Administração, que assinaram o contrato, além dos demais diretores que aprovaram a celebração do aditivo. Também sugere-se a citação da Sra. Valéria Cristina Silva Almeida Pessoa, Chefe da DJTEC e da Sra. Maria de Fátima Morais Seleme, Chefe do Departamento Jurídico, por terem assinado a Nota Jurídica/DEJUR/DJTEC-956/2004, aprovando a concessão do reequilíbrio.

10. Cabe mencionar, inicialmente, que a referida nota não foi assinada pela Sra. Maria de Fátima, mas por sua substituta, a Sra. Sônia Maria Guimarães Campos, Subchefe do Departamento Jurídico (fls. 79/80, anexo 2). A Sra. Maria de Fátima, entretanto, aprovou o Parecer/DEJUR/DCON-101/2004, em que



a revisão do contrato foi novamente recomendada (fls. 100/103, anexo 2). Ambas, portanto, devem ser chamadas a apresentar alegações de defesa, assim como o Sr. Luiz Eduardo Alves Rodrigues, que elaborou a nota jurídica e o parecer mencionados.

11. Entendo adequado que sejam incluídos na citação, também, os integrantes do Grupo de Trabalho, responsáveis pelo Relatório/GT/PRT/PR-170/2003, que opinaram pela concessão do reequilíbrio, Sra. Tânia Regina Teixeira Munari e Srs. Alexandre Fernandes Braga, Marcelo de Almeida Camargo e Rodrigo Figueiro de Andrade (fls. 84/99, anexo 2). Ressalte-se que os três primeiros, conjuntamente com a Sra. Valéria Cristina Silva Almeida Pessoa, mencionada no parágrafo 9 supra, haviam se posicionado anteriormente pela improcedência do pedido de revisão do contrato e estranhamente mudaram de opinião (fls. 27/53, anexo 2).

12. Após a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro por meio do termo aditivo nº 5, o Consórcio, entendendo que o percentual concedido não era suficiente, solicitou a realização de nova revisão contratual (fls. 2/8, anexo 3). A equipe de auditoria, então, expôs os fatos que ocorreram a partir daí, sinalizando que o pleito da empresa possivelmente iria ser atendido, o que só acabou não ocorrendo, ao que tudo indica, pela eclosão do escândalo de corrupção na ECT, levando à substituição do Chefe do Decam, Sr. Maurício Marinho, já que o gestor subsequente se posicionou contrariamente à concessão do novo reequilíbrio (fls. 52/55). Em função disso, a equipe propôs que sejam ouvidos em audiência os agentes que se manifestaram favoravelmente à concessão da nova revisão, mencionando que o art. 83 da Lei nº 8.666/93 estabelece que os crimes definidos na lei configuram-se ainda quando apenas tentados.

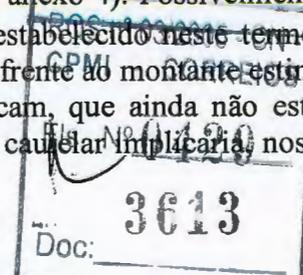
13. Entendo de forma diversa no tocante a esse aspecto. No âmbito deste Tribunal, não há que se falar em 'irregularidade tentada', devendo se verificar se ela se consumou ou não. Neste caso, ainda que todos os elementos trazidos aos autos pela equipe indiquem que o novo reequilíbrio econômico-financeiro seria concedido indevidamente, a consumação não ocorreu, ainda que por motivos alheios à vontade dos agentes. Os elementos contidos neste processo estão sendo encaminhados ao Ministério Público da União que, se entender cabível, entrará com as ações penais pertinentes, no âmbito das quais poderá ser incluído o crime tentado, a juízo daquela instituição.

14. Outra irregularidade apurada pela equipe refere-se à não-aplicação, ao Consórcio Alpha, das multas contratualmente previstas em função da demora no atendimento dos chamados para manutenção durante o período de garantia. Ficou evidenciado que após a nomeação do Sr. Maurício Marinho como Chefe do Departamento de Contratação e Administração de Materiais – Decam, não foi dado andamento aos processos de aplicação de multa já iniciados, nem foram constituídos novos processos, em que pese continuarem havendo diversos atrasos no cumprimento do contrato.

15. Em relação a esse aspecto, cabe registrar ainda que o Sr. Maurício Marinho, com a aprovação do Diretor de Administração, Antônio Osório Menezes Batista, aprovou a orientação contida na CI/GAB/DECAM-020/2004 no sentido de que a iniciativa para aplicação de penalidades contratuais caberia ao gestor operacional do contrato (fl. 28, anexo 4). Entretanto, não se definiu quem seria o gestor operacional do contrato celebrado com o Consórcio Alpha, inviabilizando que se desse início a novos processos para aplicação de penalidades.

16. No que tange a tal questão, entendo pertinente a proposta da Unidade Técnica de determinar que a ECT adote as medidas administrativas necessárias à aplicação das multas devidas ao Consórcio Alpha. Também concordo com a proposta de audiência do Sr. Maurício Marinho e Antônio Osório Menezes Batista a esse respeito, fazendo-se apenas alguns ajustes de redação na audiência a ser feita.

17. Não julgo ser a mais adequada a proposta de retenção cautelar dos valores ainda não pagos referentes ao contrato em tela. Isso porque o contrato já está em vias de terminar – sua vigência se encerra em 5/12/2005, conforme estabelece o 4º termo aditivo (fls. 45/47, anexo 4). Possivelmente, portanto, só se conseguiria reter a última parcela a ser paga. Pelo montante estabelecido neste termo aditivo – R\$ 2.268.161,00, o valor de uma parcela é praticamente insignificante frente ao montante estimado de multas a serem aplicadas – levantamento feito pela nova gestão do Decam, que ainda não estaria completo, estimou tal valor em mais de R\$ 11 milhões. A adoção de medida cautelar implicaria, nos termos do art.



276 do Regimento Interno, na necessidade de oitiva das partes (tanto da ECT como das empresas Novadata e Positivo), com a possibilidade de interposição de agravo posteriormente. Enfim, implicaria em um atraso no desenvolvimento do processo, que não se justifica frente à baixa materialidade do saldo contratual. Destaque-se, ainda, conforme registrou a Secretária da 1ª Secex, que não mais existe garantia contratual pois, conforme prevê o item 9.3 do contrato, ela já foi liberada (fl. 26, anexo 1).

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 09 de novembro de 2005.


UBIRATAN AGUIAR
Ministro-Relator

RQS nº 03/2005 - CN -
CPMI - CORREIOS
Fls. Nº 0430
3613
Doc: _____