

VOTO

Ratifico o despacho à peça 287 para conhecer dos recursos de reconsideração interpostos em processo de tomada de contas especial (decorrente da conversão de processo de auditoria realizada nas obras do Complexo Viário do Rio Baquirivu, em Guarulhos/SP), por Kimei Kuniyoshi, Douglas Leandrini, Valdir Antonucci Minto, Alexandre Lobo de Almeida, Nelson Rodrigues Pandeló, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Artur Pereira Cunha, Sueli Vieira da Costa e pela Construtora OAS S.A. contra o Acórdão 1.721/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

2. Por meio da referida decisão, este Tribunal julgou irregulares as contas de Artur Pereira Cunha, Douglas Leandrini, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Kimei Kuniyoshi e Nelson Rodrigues Pandeló, bem como da sociedade empresária Construtora OAS Ltda., condenou-os em débito pelos valores especificados no acórdão e imputou-lhes multa. Os recorrentes Sueli Vieira da Costa, Alexandre Lobo de Almeida e Valdir Antonucci Minto foram apenados com a multa prevista no art. 58, inciso II da Lei 8.443/1992.

3. Em sua peça recursal, a OAS alega, em síntese: i) compatibilidade dos valores contratados; ii) ausência de responsabilidade pelas alterações de quantitativos em contratos ou por jogo de planilha, iii) desequilíbrio econômico-financeiro, por ela suportado, decorrente de suspensões da obra pela Administração.

4. Em seu conjunto, os demais recorrentes alegam, ainda: i) prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória; ii) violação do contraditório e do devido processo legal; iii) incidência de coisa julgada administrativa; iv) que são indevidos os débitos decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/1999; v) indevida equiparação de responsabilidade dos secretários e diretores com os fiscais de obras; vi) ausência de responsabilidade dos engenheiros de campo da contratante; vii) ausência de dolo ou má-fé nas alterações indevidas de projetos e especificações, de maneira informal; viii) necessidade de se observar o princípio da aptidão para prova e o ônus da prova em processos de auditoria.

5. Além disso, Valdir Antonucci Minto, Alexandre Lobo de Almeida, Nelson Rodrigues Pandeló, Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Artur Pereira Cunha reiteram todas as alegações deduzidas nas razões de justificativa e demais requerimentos formulados anteriormente nos presentes autos.

6. Submetidos à análise da Secretaria de Recursos e do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), os argumentos recursais foram analisados e rejeitados, razão pela qual foi proposto, de forma uniforme nos autos, conhecer dos recursos de reconsideração interpostos e, no mérito, negar-lhes provimento.

7. Manifesto minha concordância com encaminhamento proposto e acolho os fundamentos utilizados pela unidade técnica e pelo **Parquet** de Contas como razões de decidir, sem prejuízo dos comentários que tecerei na sequência, sobre determinadas questões dos apontamentos recursais.

8. De fato, no que diz respeito ao prazo prescricional da pretensão punitiva, ficou explícito nos pareceres da unidade instrutiva e do MPTCU que o TCU não se submete ao previsto na Lei 8.429/1992, e sim ao artigo 205 do Código Civil (prescrição decenal), conforme entendimento firmado no acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (redator Min. Walton Alencar Rodrigues), por meio do qual este Tribunal apreciou incidente de uniformização de jurisprudência acerca da matéria.

9. Quanto à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, também é pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis. Sobre a repercussão geral do tema no STF, há que se destacar que o Tribunal tem se manifestado inúmeras vezes sobre o tema, e seu

posicionamento pode ser resumido no enunciado transcrito a seguir, extraído do Acórdão 2469/2018-TCU-Plenário, de relatoria do eminente ministro-substituto Augusto Sherman:

O reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.

10. Há que se frisar, ainda, no tocante às preliminares, que o fato de o TCU não identificar impropriedades em determinadas fiscalizações não representa atestado de regularidade da gestão analisada, ou seja, não faz coisa julgada administrativa.

11. Também foram devidamente rebatidos pela Serur os argumentos de Kimei Kuniyoshi, Douglas Leandrini e Sueli Vieira da Costa de que teria ocorrido suposta violação aos princípios do contraditório e do devido processo legal. Especificamente quanto ao Sr. Douglas Leandrini, a unidade técnica elaborou um relato completo sobre o valor do débito imputado ao responsável para afastar a alegada violação aos princípios do contraditório e do devido processo legal. Restou demonstrado que os débitos imputados ao recorrente levaram em conta vários outros itens da planilha contratual além do “01.04” e estão devidamente discriminados nos autos.

12. As contestações referentes aos débitos apurados neste processo tampouco merecem prosperar. Não há como acolher a tese da empresa e de outros recorrentes, a respeito do equilíbrio dos preços praticados. Conforme bem pontuado em ambos os pareceres técnicos (transcritos no relatório precedente), o prejuízo apurado decorreu de superfaturamento ocasionado pelo desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/1999.

13. No voto condutor do acórdão recorrido, o eminente ministro Benjamin Zymler esclareceu didaticamente que a ocorrência do referido desequilíbrio decorreu da elevação de quantitativos de itens que apresentavam preços unitários superiores aos de mercado e reduzidos quantitativos de itens com preços inferiores, por meio de alterações contratuais informais, posteriormente, materializadas em um termo aditivo, configurando, assim, a ocorrência de “jogo de planilha”.

14. Dessa forma, os argumentos ora apresentados em sede recursal, não se prestam a reformar a decisão combatida. A OAS alega, entre seus argumentos, ausência de responsabilidade pelas alterações de quantitativos em contratos ou por jogo de planilha. Mas sua condenação decorreu da assinatura dos aditivos ao contrato, fato que deu origem ao “jogo de planilha”, conforme bem delineado no item 8 do voto do relator **a quo**. Ainda sobre a responsabilidade da empresa, considero que não merece reparos a análise do voto condutor da decisão combatida, no trecho que reproduzido a seguir:

75. A Construtora OAS Ltda. aduziu não ter sido demonstrado elemento subjetivo doloso, o qual, segundo ela, seria necessário para a configuração da irregularidade.

(...)

76. Nesse sentido, invoco o entendimento esposado pelo Ministro Ubiratan Aguiar no voto condutor do Acórdão 1.757/2008-Plenário:

‘15.5.14 (...) Não é preciso avaliar o eventual dolo da administração ou da empresa para que se caracterize o desequilíbrio contratual e a necessidade de adoção de medidas no sentido de restaurar esse equilíbrio. Nesse diapasão, julgo pertinente transcrever trecho do voto condutor do Acórdão 1.755/2004-Plenário:

‘50. ...Por isso que a completa consideração dos efeitos das alterações de projeto não representa ‘oneração’ ou ‘penalização’ de quem quer que seja. Se, pela falta de

delimitação dos preços unitários, as obrigações contratuais restaram desproporcionadas, o restabelecimento da simetria é imperativo.

51. Portanto, tem menos importância saber se o prejuízo sofrido pela administração decorre de um autêntico 'jogo de planilha', de um comportamento volitivo por parte da empresa contratada no sentido de fraudar a administração pública. É puro dever de justiça agir na defesa do equilíbrio financeiro do contrato, quaisquer que sejam as causas do desequilíbrio, tanto mais quando se tem na origem uma licitação irregular. E acima disto, é imposição legal combater sobrepreços.

Enfim, não é preciso analisar a conduta da empresa para responsabilizá-la pelo ganho de lucros indevidos e excessivos.''

77. Dessa forma, considerando que a Construtora OAS Ltda., na condição de contratada, concorreu para o cometimento do dano apurado, julgo adequado fixar a sua responsabilidade solidária, nos termos do art. 16, § 2º, alínea 'b', da Lei 8.443/1992.

15. Ainda com referência aos questionamentos recursais atinentes ao débito imputado aos responsáveis, a unidade técnica bem destacou, na linha também evidenciada pelo relator **a quo**, que parcela significativa do dano decorreu do pagamento do item '01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km', com expressivo sobrepreço. Sendo assim, ainda que se considerassem plausíveis determinados argumentos utilizados pelos recorrentes para justificar as alterações nos quantitativos de serviços, não lhes foi imputado débito por esse motivo. Conforme fartamente demonstrado nos autos, os valores utilizados pela OAS para o item 01.04 estavam muito acima do preço de mercado e também foram encontradas inconsistências nos preços unitários de diversos outros serviços, conforme analisado pelas áreas técnicas deste Tribunal. Logo, argumentos como preços adequados ou ausência de sobrepreço, apresentados pelos recorrentes, não se sustentam ante às análises técnicas constantes dos autos.

16. No que diz respeito aos demais argumentos recursais apresentados, reitero minha anuência aos fundamentos e conclusões da unidade instrutiva e do MPTCU, para rejeitá-los, razão pela qual concordo com o encaminhamento proposto de sentido de conhecer os recursos interpostos e, no mérito, negar-lhes provimento.

17. Por fim, sou favorável ao encaminhamento proposto em relação ao recorrente Jovino Cândido da Silva, prefeito de Guarulhos à época dos fatos. Ocorre que, após a prolação do Acórdão 1721/2016-Plenário, o ex-gestor apresentou novos argumentos para os fatos pelos quais fora chamado em audiência. Não obstante, como suas justificativas anteriores já tinham sido integralmente acolhidas, não lhe assiste interesse em recorrer, razão pela qual seus argumentos serão recebidos como mero expediente.

Ante o exposto, VOTO por que este Tribunal adote a minuta de acórdão que trago à apreciação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de outubro de 2019.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator