

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 011.101/2003-6 [Aposos: TC 009.186/2005-2, TC 006.370/2013-6, TC 008.535/2007-7, TC 004.714/2004-5, TC 007.766/2009-6, TC 008.949/2010-7, TC 028.288/2013-0, TC 013.223/2011-9, TC 018.588/2007-4, TC 027.720/2007-8, TC 006.128/2006-3, TC 011.137/2008-0]

Natureza: Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial).
Órgãos/Entidades: Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano (extinta).

Recorrentes: Alexandre Lobo de Almeida (123.172.818-38); Artur Pereira Cunha (002.053.201-63); Douglas Leandrini (853.070.928-49); Jorge Luiz Castelo de Carvalho (344.471.647-87); Kimei Kuniyoshi (039.128.688-91); Nelson Rodrigues Pandeló (305.134.648-91); Sueli Vieira da Costa (876.086.938-00); Valdir Antonucci Minto (045.723.648-50); Construtora OAS S.A. (14.310.577/0011-86).

Interessado: Congresso Nacional.

Representação legal: Gustavo Marinho de Carvalho (OAB/SP 246.900) e outros, representando Kimei Kuniyoshi, Douglas Leandrini e Sueli Vieira da Costa, conforme procurações às peças 132, 131 e 135; Percival José Bariani Júnior (OAB/SP 252.566) e outros, representando a Construtora OAS Ltda., conforme procurações às peças 87, 180, 276 e 288; Carlos Eduardo Moreira (OAB/SP 169.809) e outros, representando Valdir Antonucci Minto, Alexandre Lobo de Almeida, Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Artur Pereira Cunha, conforme procurações às peças 136, 137, 134 e 133; Carlos Eduardo Colombi Froelich (OAB/SP 170.435) e outro, representando Nelson Rodrigues Pandeló, conforme procuração à peça 130.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DE CONVERSÃO DE RELATÓRIO DE AUDITORIA. DANO AO ERÁRIO. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. DEFICIÊNCIAS NA FISCALIZAÇÃO E NO ACOMPANHAMENTO DAS OBRAS. AUDIÊNCIAS E CITAÇÕES. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO RECORRIDA. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Transcrevo a seguir, com os ajustes de forma que julgo pertinentes, instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur) e cujo encaminhamento teve o aval do corpo diretivo da unidade técnica (peças 293/294):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Kimei Kuniyoshi (peça 196), Douglas Leandrini (peça 197), Sueli Vieira da Costa (peça 198), Construtora OAS S.A. (peça 260), Valdir Antonucci Minto (peças 261 e 271), Alexandre Lobo de Almeida (peças 265 e 274), Nelson Rodrigues Pandeló (peças 262 e 275), Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peças 263 e 272) e Artur Pereira Cunha (peças 264 e 273), contra o Acórdão 1721/2016-TCU-Plenário (peça 121). A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, decorrente da conversão de processo de auditoria realizada nas obras do Complexo Viário do Rio Baquirivu, em Guarulhos/SP.

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

9.1. excluir do rol de responsáveis pelo débito os Srs. Roberto Yoshiharu Nisie, Valdir Antonucci Minto e Alexandre Lobo de Almeida;

9.2. julgar irregulares as contas dos Srs. Artur Pereira Cunha, Douglas Leandrini, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Kimei Kuniyoshi e Nelson Rodrigues Pandeló e da sociedade empresária Construtora OAS Ltda., condenando-os, solidariamente, ao pagamento das quantias abaixo relacionadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora devidos, calculados a partir das correspondentes datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, nos termos dos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea 'c'; 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992:

9.2.1. Responsáveis: Sr. Douglas Leandrini, ex-Diretor de Obras da Prefeitura Municipal de Guarulhos, CPF 853.070.928-49; e Construtora OAS Ltda., CNPJ 14.310.577/0001-4, signatária do Contrato 39/99, celebrado com o Município de Guarulhos/SP.

| <i>Fato gerador do débito/crédito</i> | <i>Valor (R\$)</i> | <i>Data da ocorrência</i> |
|---------------------------------------|---------------------|---------------------------|
| <i>6ª Medição Parcial</i> | <i>(6.372,35)</i> | <i>31/3/2000</i> |
| <i>7ª Medição Parcial</i> | <i>(28.154,73)</i> | <i>28/4/2000</i> |
| <i>8ª Medição Parcial</i> | <i>(72.090,15)</i> | <i>31/5/2000</i> |
| <i>9ª Medição Parcial</i> | <i>29.833,53</i> | <i>30/6/2000</i> |
| <i>10ª Medição Parcial</i> | <i>(154.672,18)</i> | <i>31/7/2000</i> |
| <i>11ª Medição Parcial</i> | <i>196.433,45</i> | <i>31/8/2000</i> |
| <i>12ª Medição Parcial</i> | <i>139.898,05</i> | <i>29/9/2000</i> |
| <i>13ª Medição Parcial</i> | <i>56.757,83</i> | <i>31/10/2000</i> |
| <i>14ª Medição Parcial</i> | <i>17.390,00</i> | <i>1/12/2000</i> |

9.2.2 Responsáveis: Sr. Kimei Kuniyoshi, ex-Secretário de Obras da Prefeitura Municipal de Guarulhos, CPF 039.128.688-91; e Construtora OAS Ltda., CNPJ 14.310.577/0001-4, signatária do Contrato 39/99, celebrado com o Município de Guarulhos/SP.

| <i>Fato gerador do débito (crédito)</i> | <i>Valor (R\$)</i> | <i>Data da ocorrência</i> |
|---|---------------------|---------------------------|
| <i>10ª Medição Parcial</i> | <i>(154.672,18)</i> | <i>31/7/2000</i> |
| <i>11ª Medição Parcial</i> | <i>196.433,45</i> | <i>31/8/2000</i> |
| <i>12ª Medição Parcial</i> | <i>139.898,05</i> | <i>29/9/2000</i> |
| <i>13ª Medição Parcial</i> | <i>56.757,83</i> | <i>31/10/2000</i> |
| <i>14ª Medição Parcial</i> | <i>17.390,00</i> | <i>1/12/2000</i> |

9.2.3 *Responsável: Sr. Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras da Prefeitura Municipal de Guarulhos, CPF 002.053.201-63; e Construtora OAS Ltda., CNPJ 14.310.577/0001-4, signatária do Contrato 39/99, celebrado com o Município de Guarulhos/SP.*

| <i>Fato gerador do débito (crédito)</i> | <i>Valor (R\$)</i> | <i>Data da ocorrência</i> |
|---|--------------------|---------------------------|
| <i>1ª Medição Taboão</i> | <i>153.074,89</i> | <i>27/4/2001</i> |
| <i>2ª Medição Taboão</i> | <i>328.064,41</i> | <i>24/5/2001</i> |
| <i>3ª Medição Taboão</i> | <i>131.838,48</i> | <i>3/7/2001</i> |
| <i>20ª Medição Parcial</i> | <i>39.958,13</i> | <i>6/12/2001</i> |
| <i>23ª Medição Parcial</i> | <i>36.719,89</i> | <i>6/5/2002</i> |
| <i>25ª Medição Parcial</i> | <i>38.916,97</i> | <i>25/7/2002</i> |
| <i>26ª Medição Parcial</i> | <i>(48.649,84)</i> | <i>13/8/2002</i> |
| <i>28ª Medição Parcial</i> | <i>48.690,94</i> | <i>29/8/2002</i> |
| <i>29ª Medição Complementar</i> | <i>95.147,92</i> | <i>16/10/2002</i> |
| <i>29ª Medição Complementar II</i> | <i>85.657,35</i> | <i>16/10/2002</i> |
| <i>30ª Medição Parcial</i> | <i>2.698,57</i> | <i>17/12/2002</i> |
| <i>32ª Medição Parcial</i> | <i>360.585,77</i> | <i>25/6/2003</i> |
| <i>32ª Medição Complementar</i> | <i>356.359,67</i> | <i>1/4/2003</i> |
| <i>33ª Medição Parcial</i> | <i>390.913,05</i> | <i>16/7/2004</i> |
| <i>34ª Medição Parcial</i> | <i>56.092,77</i> | <i>16/7/2004</i> |
| <i>35ª Medição Parcial</i> | <i>63.376,40</i> | <i>16/7/2004</i> |
| <i>37ª Medição Parcial</i> | <i>24.019,24</i> | <i>7/10/2004</i> |
| <i>37ª Medição Complementar</i> | <i>23.578,97</i> | <i>7/10/2004</i> |
| <i>38ª Medição Parcial</i> | <i>(3.264,91)</i> | <i>27/10/2004</i> |
| <i>38ª Medição Complementar</i> | <i>(40.760,85)</i> | <i>27/10/2004</i> |
| <i>39ª Medição Parcial</i> | <i>(7.335,16)</i> | <i>9/12/2004</i> |
| <i>39ª Medição Complementar</i> | <i>1.822,13</i> | <i>9/12/2004</i> |
| <i>40ª Medição Parcial</i> | <i>(28.013,36)</i> | <i>4/2/2005</i> |
| <i>41ª Medição Parcial</i> | <i>10.714,15</i> | <i>7/7/2005</i> |

9.2.4. *Responsáveis: Sr. Nelson Rodrigues Pandeló, ex-Diretor de Obras da Prefeitura Municipal de Guarulhos, CPF 305.134.648-91; e Construtora OAS Ltda., CNPJ 14.310.577/0001-4, signatária do Contrato 39/99, celebrado com o Município de Guarulhos/SP.*

| <i>Fato gerador do débito (crédito)</i> | <i>Valor (R\$)</i> | <i>Data da ocorrência</i> |
|---|--------------------|---------------------------|
| <i>2ª Medição Taboão</i> | <i>328.064,41</i> | <i>24/5/2001</i> |
| <i>3ª Medição Taboão</i> | <i>131.838,48</i> | <i>3/7/2001</i> |

9.2.5. *Responsáveis: Sr. Jorge Luiz Castelo de Carvalho, ex-Diretor de Obras da Prefeitura Municipal de Guarulhos, CPF 344.471.647-87; e Construtora OAS Ltda., CNPJ 14.310.577/0001-4, signatária do Contrato 39/99, celebrado com o Município de Guarulhos/SP.*

| <i>Fato gerador do débito (crédito)</i> | <i>Valor (R\$)</i> | <i>Data da ocorrência</i> |
|---|--------------------|---------------------------|
| <i>20ª Medição Parcial</i> | <i>39.958,13</i> | <i>6/12/2001</i> |
| <i>23ª Medição Parcial</i> | <i>36.719,89</i> | <i>6/5/2002</i> |
| <i>25ª Medição Parcial</i> | <i>38.916,97</i> | <i>25/7/2002</i> |
| <i>26ª Medição Parcial</i> | <i>(48.649,84)</i> | <i>13/8/2002</i> |
| <i>28ª Medição Parcial</i> | <i>48.690,94</i> | <i>29/8/2002</i> |
| <i>29ª Medição Complementar</i> | <i>95.147,92</i> | <i>16/10/2002</i> |
| <i>29ª Medição Complementar II</i> | <i>85.657,35</i> | <i>16/10/2002</i> |
| <i>30ª Medição Parcial</i> | <i>2.698,57</i> | <i>17/12/2002</i> |
| <i>32ª Medição Parcial</i> | <i>360.585,77</i> | <i>25/6/2003</i> |
| <i>32ª Medição Complementar</i> | <i>356.359,67</i> | <i>1/4/2003</i> |
| <i>33ª Medição Parcial</i> | <i>390.913,05</i> | <i>16/7/2004</i> |
| <i>34ª Medição Parcial</i> | <i>56.092,77</i> | <i>16/7/2004</i> |
| <i>35ª Medição Parcial</i> | <i>63.376,40</i> | <i>16/7/2004</i> |
| <i>37ª Medição Parcial</i> | <i>24.019,24</i> | <i>7/10/2004</i> |
| <i>37ª Medição Complementar</i> | <i>23.578,97</i> | <i>7/10/2004</i> |
| <i>38ª Medição Parcial</i> | <i>(3.264,91)</i> | <i>27/10/2004</i> |
| <i>38ª Medição Complementar</i> | <i>(40.760,85)</i> | <i>27/10/2004</i> |
| <i>39ª Medição Parcial</i> | <i>(7.335,16)</i> | <i>9/12/2004</i> |
| <i>39ª Medição Complementar</i> | <i>1.822,13</i> | <i>9/12/2004</i> |
| <i>40ª Medição Parcial</i> | <i>(28.013,36)</i> | <i>4/2/2005</i> |
| <i>41ª Medição Parcial</i> | <i>10.714,15</i> | <i>7/7/2005</i> |

9.3. *fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que os responsáveis de que trata o subitem anterior comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea 'a', da Lei 8.443/1992 c/c o art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno do TCU (RI/TCU);*

9.4. *autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;*

9.5. *autorizar, desde já, caso venha a ser solicitado, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, nos termos do art. 217 do RI/TCU, com a incidência sobre cada parcela dos devidos encargos legais até o devido pagamento, esclarecendo que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (§ 2º do art. 217 do RI/TCU);*

9.6. *acatar as razões de justificativas apresentadas pelos Srs. Jovino Cândido da Silva, Artur Pereira Cunha, Sueli Vieira da Costa, Vânia Moura Ribeiro, Kimei Kunyoushi, Carlos Eduardo Corsini, Fernando Antonio Duarte Leme;*

9.7. *acatar parcialmente as razões de justificativas trazidas pela Sra. Sueli Vieira da Costa;*

9.8. *aplicar as seguintes multas individuais aos responsáveis listados a seguir:*

9.8.1. *ao Sr. Airton Tadeu de Barros Rabello, no valor de R\$ 5.000,00, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;*

- 9.8.2. ao Sr. Alexandre Lobo de Almeida, no valor de R\$ 10.000,00, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;
- 9.8.3. ao Sr. Artur Pereira Cunha, no valor de R\$ 200.000,00, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992;
- 9.8.4. ao Sr. Douglas Leandrini, no valor de R\$ 35.000,00, com fulcro nos arts. 57 e 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;
- 9.8.5. ao Sr. Jorge Luiz Castelo de Carvalho, no valor de R\$ 150.000,00, com fulcro nos arts. 57 e 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;
- 9.8.6. ao Sr. Kimei Kunyoushi, no valor de R\$ 35.000,00, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992;
- 9.8.7. à Construtora OAS Ltda., no valor de R\$ 460.000,00, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992;
- 9.8.8. ao Sr. Roberto Yoshiharu Nisie, no valor de R\$ 10.000,00, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;
- 9.8.9. ao Sr. Nelson Rodrigues Pandeló, no valor de R\$ 60.000,00, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992;
- 9.8.10. à Sra. Sueli Vieira da Costa, no valor de R\$ 5.000,00, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;
- 9.8.11. ao Sr. Valdir Antonucci Minto, no valor de R\$ 10.000,00, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;
- 9.9. fixar o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que os responsáveis indicados no item anterior comprovem, perante o TCU (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas especificadas no item anterior aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;
- 9.10. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;
- 9.11. dar ciência desta deliberação, juntamente do voto e do relatório que a subsidiam, aos responsáveis, ao Ministério das Cidades, ao Ministério da Integração Nacional, à Procuradoria da República no Estado de São Paulo, ao Ministério Público do Estado de São Paulo e ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

HISTÓRICO

2. O presente feito trata, originalmente, de tomada de contas especial decorrente da conversão de processo de auditoria realizada nas obras do Complexo Viário do Rio Baquirivu, em Guarulhos/SP, objeto do Contrato 39/1999, celebrado entre o município e a Construtora OAS Ltda., no valor de R\$ 78.143.106,71 (em junho de 1999) (peça 1, p. 115-120).

3. As obras em apreço foram custeadas parcialmente com recursos federais repassados pelo Ministério do Meio Ambiente dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano e pelo Ministério da Integração Nacional, por meio de vários convênios e contratos de repasses celebrados entre 1998 e 2002.

4. No âmbito da auditoria, foram identificados indícios de irregularidades que deram ensejo à realização de audiências dos responsáveis. Dentre os achados da equipe de fiscalização, destaca-

se a ocorrência de superfaturamento, em razão de desequilíbrio econômico-financeiro contratual devido a modificações nos quantitativos inicialmente previstos, gerando débito perante a União calculado pela equipe no valor de R\$ 2.417.394,09.

5. Após a efetivação das aludidas medidas processuais, esta Corte de Contas, por meio do Acórdão 355/2007-Plenário (peça 10, p. 257-258), resolveu converter os autos em tomada de contas especial, para que fossem promovidas citações e novas audiências dos responsáveis.

6. Diante das respostas encaminhadas, este Tribunal, por meio do Acórdão 1.721/2016-Plenário (peça 121), decidiu, no que interessa aos presentes recursos, impor: a) o débito e as multas dos arts. 57 e 58, II, da Lei 8.443/1992 a Douglas Leandrini e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, que atuaram como diretores de obras e engenheiros fiscais; b) o débito e a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 a Kimei Kuniyoshi e Artur Pereira Cunha, secretários de obras, a Nelson Rodrigues Pandeló, diretor de obras, e à Construtora OAS S.A.; c) a multa do art. 58, II, da Lei 8.443/1992 a Sueli Vieira da Costa, secretária de obras, e a Valdir Antonucci Minto e Alexandre Lobo de Almeida, engenheiros fiscais. (As funções referidas são todas da Prefeitura Municipal de Guarulhos/SP, à época dos fatos).

7. O valor total dos débitos dos responsáveis perante a União foi fixado em R\$ 2.299.229,00, um pouco menos do que havia sido calculado pela equipe de auditoria.

8. Inconformados, os responsáveis relacionados acima interuseram recursos de reconsideração, que são objeto do presente exame.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

9. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 277 a 286), acolhido por despacho do Exmo. Relator, Ministro Augusto Nardes, que conheceu do recurso, suspendendo os efeitos dos itens 9.2, 9.2.1, 9.2.2, 9.2.3, 9.2.4, 9.2.5, 9.4, 9.8, 9.8.2, 9.8.3, 9.8.4, 9.8.5, 9.8.6, 9.8.7, 9.8.9, 9.8.10, 9.8.11 e 9.10 do acórdão recorrido, em relação aos recorrentes e a todos os condenados em solidariedade com eles (peça 287).

10. Depois da prolação do Acórdão 1721/2016-Plenário, na sessão de 6/7/2016, o responsável Jovino Cândido da Silva, Prefeito do Município de Guarulhos à época dos fatos questionados, protocolizou expediente, em 26/9/2016, apresentando o que designou como justificativas e pleiteando seu acatamento (peça 230). Em seguida, por meio do subitem 9.3.1 do Acórdão 2783/2016-Plenário (peça 233), foi determinado a esta Secretaria de Recursos que promovesse 'o exame de admissibilidade da petição juntada pelo Sr. Jovino Cândido da Silva (peça 230) (...)'. No entanto, esse exame ainda não foi realizado.

11. Ocorre que o responsável fora ouvido nos presentes autos unicamente em audiência, tendo tido suas justificativas integralmente acatadas pelo Tribunal, conforme disposto no subitem 9.6 do referido acórdão, que não lhe impôs qualquer débito ou sanção. Portanto, era inteiramente desnecessário que apresentasse novas justificativas e não lhe assiste interesse algum em recorrer, visto não ter recaído em sucumbência.

12. À vista disso, propõe-se o recebimento das novas justificativas apresentadas pelo responsável como mero expediente, sendo dispensável qualquer encaminhamento adicional.

EXAME TÉCNICO

Delimitação

13. Os presentes recursos têm por objeto examinar:

- a) em preliminar, o prazo prescricional da pretensão punitiva.*
- b) em preliminar, o prazo prescricional da pretensão ressarcitória.*

- c) a observância do devido processo legal.
- d) a incidência de coisa julgada administrativa.
- e) os débitos decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/1999 da Prefeitura Municipal de Guarulhos - PMG.
- f) a responsabilidade dos secretários, diretores e fiscais da contratante.
- g) a responsabilidade dos engenheiros de campo da contratante.
- h) o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de suspensões da obra pela Administração.
- i) as alterações indevidas de projetos e especificações, de maneira informal.
- j) o princípio da aptidão para prova e o ônus da prova em processos de auditoria.
- k) a reiteração de alegações anteriormente apresentadas nestes autos.

Preliminar. O prazo prescricional da pretensão punitiva.

14. Alegam Kimei Kuniyoshi (peça 196), Douglas Leandrini (peça 197) e Sueli Vieira da Costa (peça 198) que:

- a) o prazo prescricional da pretensão punitiva do TCU é de cinco anos, a partir da dissolução do vínculo entre o Estado e o ex-agente público, por analogia com o art. 23, I, da Lei 8.429/1992.
- b) cotejando-se a data de encerramento dos exercícios funcionais dos recorrentes com as datas em que foram ordenadas as suas citações, não há dúvida de que se esgotaram os prazos prescricionais.

14.1. Análise:

14.2. Quanto ao tema em discussão neste tópico, assim dispõe o diploma legal referido pelos recorrentes:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

(...)

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

(...)

14.3. Complementando suas alegações, os recorrentes postulam que o art. 23, I, da Lei 8.429/1992 é o dispositivo legal mais adequado para suprir a falta de previsão do prazo prescricional em questão na Lei Orgânica do TCU, por versar justamente sobre a prescrição para os ocupantes de cargos em comissão, que é o caso dos recorrentes. Apresenta, portanto, relação de semelhança forte com o fato analisado.

14.4. *Aduzem que a fluência do lapso prescricional a contar da dissolução do vínculo temporário está em consonância com a jurisprudência pacífica do STJ.*

14.5. *Argumentam, por fim, que o STF já se manifestou pela inaplicabilidade do Código Civil para determinação do prazo prescricional de sanções aplicáveis pelo TCU (MS 32.201/DF).*

14.6. *A proposição dos recorrentes é até razoável e defensável. Ocorre que há uma pluralidade de diplomas legais, além da Lei 8.429/1992, cuja adoção para o preenchimento da mencionada lacuna na Lei Orgânica desta Corte é igualmente ou até mais razoável e defensável. E existem deliberações firmadas, no âmbito administrativo e judicial, em prol de diplomas legais diversos do defendido pelos recorrentes. Assim, considerando a existência de um conjunto de opções possíveis para a solução da questão, aquela ou aquelas que já tenham sido objeto de apreciação por órgãos deliberativos detentores de competência jurisdicional conferida pela Constituição devem ser preferidas àquelas que contam apenas com o suporte da opinião de agentes jurisdicionados.*

14.7. *O TCU, como é consabido, firmou jurisprudência acerca da prescrição da pretensão punitiva, nos autos de incidente de uniformização de jurisprudência (TC 030.926/2015-7), por meio do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário (redator Walton Alencar Rodrigues), que continua a ser pacificamente adotada no âmbito desta Corte. De acordo com o referido julgado:*

1) a pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo de dez anos, quando (art. 205 c/c art. 2.028 do Código Civil):

a) a data da irregularidade sancionada for posterior a 11/1/2003, data de entrada em vigor do Código Civil;

b) em 11/1/2003, o prazo prescricional não tiver ultrapassado a metade do prazo de vinte anos previsto no antigo Código Civil.

2) a prescrição punitiva do TCU é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada ou a partir de 11/1/2003, na hipótese da alínea '1.b', acima;

3) o ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte interrompe a prescrição, reiniciando-se sua contagem a partir de tal ato (Código Civil, art. 202, inc. I e parágrafo único);

4) há suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa;

5) a prescrição deve ser aferida independentemente de alegação da parte;

6) o entendimento do mencionado acórdão seria aplicado de imediato aos processos novos e aos pendentes de decisão.

14.8. *Os recorrentes Kimei e Douglas foram multados proporcionalmente aos respectivos débitos, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992. Segundo preceitua a jurisprudência desta Corte de Contas:*

A base de cálculo da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 compreende apenas os débitos gerados por irregularidades em relação às quais a pretensão punitiva do TCU não está prescrita.

Acórdão 1641/2016-Plenário, rel. Benjamin Zymler.

14.9. *No mesmo sentido, Acórdãos 5717/2017-Primeira Câmara, rel. Marcos Bemquerer, e 10986/2016-Segunda Câmara, idem.*

14.10. Na hipótese, os fatos geradores dos débitos (e das multas, por conseguinte) tiveram incidência de 31/3 a 1/12/2000 (Douglas) e de 31/7 a 1/12/2000 (Kimei) (Acórdão 1721/2016-Plenário, subitens 9.2.1 e 9.2.2). Portanto, em 11/1/2003, não havia ainda decorrido a metade do prazo de vinte anos previsto no antigo Código Civil, mesmo em relação aos fatos geradores mais antigos. Logo, a prescrição da pretensão punitiva deve ser contada a partir das datas de ocorrência das irregularidades sancionadas. Assim, ocorreria a partir de março (Douglas) e de julho de 2010 (Kimei), para os primeiros fatos, estendendo-se até dezembro de 2010, para os últimos.

14.11. Antes disso, porém, os prazos prescricionais foram interrompidos pelo Acórdão 355/2007-TCU-Plenário, proferido na sessão de 14/3/2007, cujo subitem 9.1 determinou a citação de Douglas Leandrini (peça 10, p. 257), e pelo despacho do relator a quo, Ministro Augusto Nardes, de 22/03/2010, que determinou a citação de Kimei Kuniyoshi (peça 14, p. 72, cf. p. 57). Note-se que, no voto complementar do acórdão recorrido, considera-se, equivocadamente, que a citação de Kimei também teria sido ordenada pelo referido Acórdão 355/2007-Plenário, em março de 2007 (peça 123, p. 2), sendo que naquela deliberação, na verdade, foi determinada tão somente sua audiência, em razão da execução da obra sem a obtenção das devidas licenças ambientais (peça 10, p. 258, subitem 9.2.2).

14.12. Reiniciadas as contagens dos prazos prescricionais nas datas referidas, sobreveio o acórdão recorrido, que aplicou as punições aos gestores, proferido em sessão ordinária do Plenário desta Corte, ocorrida em 6/7/2016 (peça 121).

14.13. Sueli da Costa foi punida pelo acórdão recorrido com a multa do art. 58, inc. II, da Lei 8.443/1992, por 'dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes'. A Ordem de Início 2/1999 da Prefeitura Municipal de Guarulhos, ato que deu início à obra em questão, foi expedida em 14/7/1999 (peça 1, p. 133). A audiência da recorrente foi determinada pelo subitem 9.2.2 do Acórdão 355/2007-Plenário, proferido na sessão de 14/3/2007 (peça 10, p. 258). Enfim, sobreveio o acórdão recorrido, proferido na sessão de 6/7/2016 (peça 121).

14.14. Portanto, sob a ótica da jurisprudência prevalecente no TCU, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva decenal entre as datas dos fatos e dos atos que ordenaram as notificações (citações e audiência) dos recorrentes, como se pode observar na tabela abaixo:

| Recorrente | Data(s) do(s) Fato(s) | Data da Notificação |
|-------------------|-----------------------|---------------------|
| Douglas Leandrini | 31/3 a 1/12/2000 | 14/3/2007 |
| Kimei Kuniyoshi | 31/7 a 1/12/2000 | 22/3/2010 |
| Sueli da Costa | 14/7/1999 | 14/3/2007 |

14.15. Tampouco ocorreu a prescrição intercorrente, entre as datas dos atos ordenatórios das notificações (14/3/2007 e 22/3/2010) e a data de prolação do acórdão recorrido (6/7/2016).

14.16. Porém, como lembram os recorrentes, recentemente o STF, por sua 1ª Turma, julgou o MS 32.201, relatado pelo ministro Roberto Barroso, em que a controvérsia central girava em torno da questão da prescrição da multa aplicada pelo TCU (DJ 173, de 7/8/2017).

14.17. Como bem resumido no Informativo 2/2018 da Consultoria Jurídica deste Tribunal:

Seguidamente à análise das duas correntes interpretativas, justificando-se em dois fundamentos, o ministro Roberto Barroso apresentou o seu entendimento de que a prescrição da pretensão sancionatória do TCU é regulada integralmente pela Lei 9.873/99, que estabelece o prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

O primeiro fundamento recaiu sobre o fato de que, interpretando-se corretamente a Lei 9.873/1999, não seria necessária a adaptação de suposta lacuna por meio de analogia, pois a norma seria diretamente aplicável à ação punitiva do TCU. Isso porque a referida Lei possui caráter geral em matéria de direito administrativo sancionador e, excepcionando as regulamentações específicas, a norma seria aplicável a qualquer ação punitiva da Administração Pública Federal.

Ao prosseguir na exposição de seu entendimento, o ministro defende que, apesar de a Lei 9.783/1999, em seu art. 1º, aludir à ação punitiva ‘no exercício do poder de polícia’, e a atuação sancionadora do TCU não se qualificar, em sua acepção clássica, como exercício do poder de polícia, seria mais correto depreender que a referida Lei regula a ação punitiva da Administração Pública – não no exercício do poder de polícia, que abarca somente medidas preventivas de proteção de interesses públicos –, mas no exercício do poder administrativo sancionador, que compreende também a aplicação de sanções.

Como conclusão de sua percepção, adverte ainda que a interpretação histórica fortalece o entendimento de que a prescrição da pretensão punitiva do TCU deve ser regida diretamente pela Lei 9.873/1999, uma vez que a exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.708/1998 (posteriormente convertida na Lei 9.873/1999) dispunha que a regulamentação proposta ‘uniformiza a questão da prescrição no âmbito da Administração Pública Federal’.

O segundo fundamento que sustenta a concepção do relator é o de que, à falta de norma regulamentadora, ainda que a Lei 9.873/1999 não fosse diretamente aplicável à ação punitiva do TCU, representaria o normativo mais adequado a ser aplicado por analogia, em decorrência da existência de um amplo conjunto normativo de larga uniformidade, que o faz concluir que o prazo prescricional referencial em matéria de direito administrativo deve ser de cinco anos. A título de exemplo, o ministro citou as seguintes normas: Decreto nº 20.910/32, art. 1º; CTN, arts. 168, 173 e 174; Lei nº 6.838/1980, art. 1º; Lei nº 8.112/1990 (‘Regime jurídico dos servidores públicos civis federais’), art. 142, I; Lei nº 8.429/1992, art. 23; Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), art. 43; Lei nº 9.783/1999; Lei nº 12.529/2011 (‘Lei antitruste’), art. 46; Lei nº 12.846/2013 (‘Lei anticorrupção’), art. 25; entre outros.

14.18. Destaca, ainda, a Conjur/TCU que:

Posteriormente a esse julgamento, deram entrada no STF mais três mandados de segurança nos quais se discute também a prescrição da pretensão punitiva do TCU: MS 35.294, relator ministro Marco Aurélio, MS 35.530, relator ministro Roberto Barroso, MS 35.536, relatora ministra Rosa Weber. Nos três casos, os respectivos relatores, quando da apreciação dos pedidos de medida liminar, reiteraram o entendimento firmado no MS 32.201.

14.19. Assim sendo, parece haver uma tendência, no seio da Magna Corte, a adotar esse entendimento. No entanto, a Conjur/TCU ressalva que:

(...) até a presente data, não há outro julgamento do STF sobre o mérito dessa questão, que, por ora, conta apenas com o julgamento da 1ª Turma. A matéria somente será apreciada pelo Plenário do STF se algum ministro decidir por sua afetação ao Pleno, pois, nos termos dispostos no Regimento Interno do STF (art. 9º, alínea d), atualmente, compete às Turmas o julgamento dos mandados de segurança impetrados contra decisões do TCU, exceto se o relator afetar a matéria ao Plenário.

14.20. Note-se, outrossim, que os relatores dos três mandados de segurança citados acima são todos integrantes da 1ª Turma.

14.21. *De qualquer forma, fazendo uso novamente da bem elaborada síntese da Conjur/TCU (com destaques acrescidos):*

Uma vez defendido que, diretamente ou por analogia, a regulamentação da Lei 9.873/1999 deve ser aplicada para estatuir o prazo prescricional sancionatório do TCU, passou-se à análise da data em que a contagem da prescrição se inicia, defendendo o relator a aplicação do termo de início previsto no art. 1º da referida Lei, qual seja: ‘a data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado’.

Quanto aos fatos interruptivos da prescrição, o Relator também defendeu a utilização da Lei 9.873/1999 que, em seu art. 2º, elenca as causas capazes de interromper a prescrição da pretensão punitiva, quais sejam: I - pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; III - pela decisão condenatória recorrível. Sob tal aspecto, mostrou-se o relator defensor da ideia de que poderiam incidir diversas causas a interromper o prazo prescricional mais de uma vez.

14.22. *Assim, aplicando-se esse entendimento ao caso vertente, verifica-se que, no caso dos recorrentes Kimei e Douglas, se trata de ‘infração continuada’, ou seja, irregularidades de mesma espécie e em condições semelhantes de tempo, lugar, modo de execução e outras que evidenciem a continuidade (cf. art. 71 do Código Penal, cuja definição de crime permanente e de crime continuado se aplica por analogia às noções de ‘infração permanente ou continuada’ da Lei 9.873/1999). Assim, há de se ter como termo inicial da prescrição a última irregularidade cometida, ou seja, a data do último saque a que foi imputado débito solidário a ambos, qual seja: 1/12/2000, como já registrado acima.*

14.23. *Já no caso da recorrente Sueli, trata-se de ‘infração permanente’, ou seja, cuja consumação se protraí ao longo do tempo (conceito também emprestado, por analogia, do Direito Penal). Assim, como a execução da obra sem obtenção das licenças ambientais pertinentes se prolongou durante toda a gestão da recorrente como Secretária de Obras de Guarulhos, isto é, de 7/10/1998 a 8/1/2000, há de se ter como termo inicial da prescrição esta última data.*

14.24. *Recorde-se, a propósito, que os recorrentes alegam que a jurisprudência do STJ se posiciona pacificamente pela fluência do lapso prescricional a contar da data da exoneração do ocupante de cargo em comissão. No entanto, o julgado do STJ citado pelos recorrentes que aplica essa orientação o faz em caso de julgamento de ato de improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/1992 (p. 7 da peça 196, e p. 6 das peças 197 e 198). Mas não se deve adotá-la como parâmetro para a fixação do prazo da prescrição punitiva no caso, ainda que por analogia, tendo em vista não contar com o suporte das referidas deliberações desta Corte de Contas e do STF.*

14.25. *Analisa-se, a seguir, quanto aos recorrentes, as causas interruptivas da prescrição previstas no art. 2º da Lei 9.873/1999.*

14.26. *Constitui ‘ato inequívoco que importa apuração do fato’ a Portaria de Fiscalização Secex/SP 1078, de 23/6/2003 (peça 1, p. 3), que determinou a realização da auditoria que identificou as irregularidades identificadas nestes autos. Nesse sentido, o seguinte precedente da jurisprudência deste Tribunal:*

A publicação de portaria de fiscalização autorizando a realização de apurações constitui causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva do TCU, uma vez que constitui ato inequívoco que importa em apuração do fato (art. 2º, inciso II, da Lei 9.873/1999).

Acórdão 4506/2016 - Segunda Câmara, rel. Raimundo Carreiro.

14.27. A 'notificação ou citação' na data da ciência desses atos pelo destinatário. Assim, deu-se em 20/4/2007 (Douglas, A.R. do Ofício Secex/SP 588/2007, peças 10, p. 295-296, e 11, p. 11), em 1/12/2010 (Kimei, A.R. do Ofício Secob-3 720/2010, peça 14, p. 124-125 e 143) e em 24/4/2007 (Sueli, A.R. do Ofício Secex/SP 633/2007, peça 10, p. 273-274, e peça 11, p. 18).

14.28. Finalmente, a 'decisão condenatória recorrível', no caso, foi, por óbvio, o Acórdão 1721/2016-Plenário, prolatado na sessão de 6/7/2016.

14.29. A análise das causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva do TCU em relação aos recorrentes, segundo a referida decisão do STF, é resumida no quadro abaixo:

Recorrente Início Apuração Notificação Decisão

Douglas 1/12/2000 23/6/2003 20/4/2007 6/7/2016

Kimei 1/12/2000 23/6/2003 1/12/2010 6/7/2016

Sueli 8/1/2000 23/6/2003 24/4/2007 6/7/2016

14.30. Portanto, por meio do emprego, por analogia, dos critérios da Lei 9.873/1999, conforme interpretados pelo STF, se operaria a prescrição da pretensão punitiva do TCU, para o recorrente Kimei, entre a data do ato de apuração do fato e a da sua citação e, para os três recorrentes, entre as datas das suas notificações e a da decisão condenatória recorrível.

14.31. Todavia, é preciso ressaltar que:

a) o julgamento do MS 32.201/DF foi o único pronunciamento do STF sobre a questão, até o momento, embora tenha sido deferida liminar no mesmo sentido em três outros feitos (todos afetos à 1ª Turma);

b) esse julgamento foi proferido por órgão fracionário (1ª Turma), sem que haja, por ora, qualquer perspectiva de que seja submetido ao Plenário da Magna Corte;

c) a jurisprudência desta Corte continua se manifestando, pacificamente, pela adoção do entendimento firmado no Acórdão 1441/2016-Plenário (Acórdãos 786/2018, rel. André de Carvalho, 676/2018, rel. Benjamin Zymler, 629/2018, rel. André de Carvalho, 612/2018, rel. Ana Arraes, 489/2018, rel. Aroldo Cedraz e 51/2018, rel.: Augusto Sherman, do Plenário; Acórdãos 3889/2018, rel. Marcos Bemquerer, e 3583/2018, rel. Weder de Oliveira, da Primeira Câmara; Acórdãos 2857/2018, rel. Aroldo Cedraz, e 2850/2018, rel. Augusto Nardes, da Segunda Câmara; entre muitos outros).

14.32. Assim sendo, à luz da jurisprudência prevalecente no TCU, conclui-se que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva no caso vertente, pois não decorreu o prazo decenal nem entre as datas dos fatos e dos atos que ordenaram as notificações dos recorrentes, nem entre esta causa interruptiva e a efetiva aplicação da sanção pelo acórdão recorrido (Código Civil, arts. 202, inc. I e parágrafo único, e 205 c/c 2.028).

Preliminar. O prazo prescricional da pretensão ressarcitória.

15. Alegam Kimei Kuniyoshi (peça 196) e Douglas Leandrini (peça 197) que:

a) nos textos primitivos da Constituinte, a regra era a imprescritibilidade no que tange à punição de todas as espécies, o que, depois, foi limitado às ações de ressarcimento, e, afinal, também foi eliminado.

b) assim, o art. 37, § 5º, da Constituição Federal não possui qualquer referência expressa à imprescritibilidade.

c) a prescrição é a regra no ordenamento jurídico brasileiro.

d) o legislador constituinte pode estabelecer hipóteses de imprescritibilidade, mas deve fazê-lo de maneira clara e inequívoca (v.g., art. 5º, incisos XLII e XLIV).

e) com base nos princípios constitucionais da segurança jurídica, da ampla defesa e da igualdade, o prazo prescricional para ações de ressarcimento ao Erário é de cinco anos, por analogia ao art. 1º do Decreto 20.910/1932, com início após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função administrativa.

f) cotejando-se a data de encerramento dos exercícios funcionais dos recorrentes com as datas em que foram ordenadas as suas citações, não há dúvida de que se esgotou a pretensão ressarcitória.

15.1. Análise:

15.2. A questão é controversa e, mais uma vez, os recorrentes apresentam argumentos, a princípio, razoáveis e defensáveis. Aduzem que a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado é artificial e, por esse motivo, incompatível com o princípio da segurança jurídica. Reproduzem ainda a seguinte lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (peças 196, p. 16, e 197, p. 14-15):

(...) em tal caso [imprescritibilidade de ações de ressarcimento ao Erário], os herdeiros de quem estivesse incurso na hipótese poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorridas algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica. (...)

(...) com ela restaria consagrada a minimização ou a eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação (...) além de um prazo razoável (...).

(...) quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (...) - e sempre em matéria penal que, bem por isto, não se eterniza, pois não ultrapassa uma vida (...).

Como explicar, então, o alcance do art. 37, §5º? (...) o que se há de extrair dele é a intenção manifesta (...) de separar os prazos de prescrição do ilícito (...) penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade (...). (...) a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal.

15.3. Postulam, outrossim, pela aplicação do princípio da igualdade à hipótese, tendo em vista que (peças 196, p. 18, § 60, e 197, p. 16, § 57):

(...) o administrado está submetido a prazos prescricionais para exigir judicialmente do Estado o ressarcimento de danos ao seu patrimônio (art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/32). (...) poderíamos tolerar [segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público] que o prazo prescricional para ações de ressarcimento propostas pelo Estado fossem maiores que a (sic) dos administrados, mas jamais que fossem indefinidas (sic).

15.4. Ocorre que a irresignação dos recorrentes não merece prosperar, tendo em vista o entendimento pacífico desta Corte de Contas acerca da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, fundamentado no § 5º do art. 37 da Constituição Federal.

15.5. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Mandado de Segurança 26.210/DF, deu à parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal a interpretação de que as ações de ressarcimento por atos ilícitos são imprescritíveis. O Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, destacou:

No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º da Constituição de 1988, segundo o qual: § 5º - A lei estabelecerá os prazos de

prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

15.6. *Na mesma linha é a lição do Professor José Afonso da Silva:*

*A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (**dormientibus non succurrit ius**).*

15.7. *Esse entendimento foi, inclusive, incorporado à Súmula 282 desta Corte de Contas:*

As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

15.8. *Apesar das defensáveis considerações dos recorrentes acerca do princípio da segurança jurídica, a jurisprudência desta Corte de Contas, fiando-se na do STF, privilegia o princípio da supremacia do interesse público.*

15.9. *Mas os recorrentes objetam que, no julgamento do RE 669.069 (Repercussão Geral 666), o STF reconheceu a prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado. Cumpre ressaltar, contudo, que a tese fixada pelo STF nesse julgado trata de débitos com a União decorrentes de ilícitos civis, aos quais se aplica o prazo prescricional de cinco anos, porém não alcança prejuízos que decorram de ilícitos administrativos, como a não comprovação da regular gestão de recursos públicos, que são imprescritíveis. Nesse sentido, a reiterada jurisprudência desta Corte de Contas (e.g., Acórdão 2910/2016-Plenário, rel. Ana Arraes; Acórdãos 11228/2017, rel. Benjamin Zymler, 232/2017, rel. Bruno Dantas, da Primeira Câmara; e Acórdãos 5939/2016, rel. Marcos Bemquerer, e 5928/2016, rel. Vital do Rêgo, da Segunda Câmara).*

15.10. *Desse modo, não merecem acolhida os argumentos apresentados pelos recorrentes.*

A observância do devido processo legal.

16. *Alegam Kimei Kuniyoshi (peça 196), Douglas Leandrini (peça 197) e Sueli Vieira da Costa (peça 198) que:*

a) *o Acórdão 355/2007-Plenário restringiu claramente as acusações a Kimei e Sueli nesta TCE à seguinte conduta: ‘dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais irregulares’. Permitir novas acusações contra os recorrentes é violar acintosamente o princípio do devido processo legal.*

b) *o objeto da presente tomada de contas especial, de acordo com o Acórdão 355/2007-Plenário, limita-se aos serviços de transportes do item 01.04 da planilha contratual. O demonstrativo de débitos atribuídos a Douglas não discrimina os itens supostamente superfaturados, o que prejudica o contraditório. Caso as acusações imputadas a ele acerca de suposto débito contemplem outros itens, haverá nova violação ao devido processo legal.*

c) *diante da inequívoca violação ao princípio do devido processo legal, que no caso em exame poderá ser ainda mais agravada, requer-se a nulidade de todos os atos do procedimento, desde a instauração desta tomada de contas especial.*

16.1. *Análise:*

16.2. *A única irregularidade pela qual a recorrente Sueli Costa foi condenada ao pagamento de multa pelo acórdão recorrido foi a referente à falta de licenças ambientais apontada na alínea 'a', acima. No seu caso, não procede, portanto, a alegação de falta de observância do devido processo legal formulada neste tópico, dado que nenhuma 'nova acusação' lhe foi dirigida.*

16.3. *A decisão que converte processo de fiscalização em tomada de contas especial não faz coisa julgada. A TCE é processo autônomo, que não se vincula às conclusões do seu processo de origem. Por isso, não havia obrigatoriedade alguma de serem mantidos, na TCE, os mesmos responsáveis cuja citação foi determinada pelo item 9.1 do Acórdão 355/2007-Plenário, que julgou a auditoria e determinou a conversão. Assim, com base em novas conclusões resultantes das apurações realizadas na TCE, não só o recorrente Kimei Kuniyoshi passou a figurar na relação de responsáveis pelo pagamento de débito, como houve outros que foram excluídos dela, como Roberto Nisie, Valdir Minto e Alexandre Almeida, sem que isso importe em qualquer violação ao devido processo legal.*

16.4. *Quanto à alegação de que o objeto da presente tomada de contas especial, conforme o Acórdão 355/2007-Plenário, se limita aos serviços de transportes do item 01.04 da planilha contratual, repetida diversas vezes nestes autos pelos responsáveis, informa o relatório do acórdão recorrido que (com destaques acrescidos):*

15.11.2. (...) o Acórdão 355/2007-TCU-Plenário define de forma clara qual seria o débito:

'18. Portanto, o valor do débito a ser considerado neste processo deverá ser aquele inicialmente apurado pela Secex/SP, conforme demonstrado à fl. 746 dos autos [peça 4, p. 146], devendo a Unidade Técnica promover o refazimento dos cálculos para incorporar àquele valor, se possível, os pagamentos indevidos ocorridos até a 42ª medição, efetuados posteriormente à última manifestação da Unidade.'

15.11.3. *Nas fls. 658 a 745 do vol. 3 [peça 4, p. 58-145] estão inseridas as planilhas utilizadas para obter o valor do débito pelo qual o responsável foi citado. Os valores de superfaturamento obtidos em cada medição estão resumidos na fl. 746 [peça 4, p. 146], citada no Acórdão. Nessas planilhas, está claro que no cômputo do débito foram considerados outros serviços, além do item 01.04. (...)*

16.5. *Mas o recorrente Douglas alega, mais especificamente, que há dúvida sobre se o débito de R\$ 927.040,18 que lhe foi imputado levou em conta apenas o item 01.04 da planilha ou se abrangeu também outros itens. Aduz que o demonstrativo de débitos de fls. 2607-2609 (peça 14, p. 93-95), diferentemente do que foi elaborado para a Construtora OAS às fls. 2223-2233 (peça 12, p. 38-50), não discrimina os itens supostamente superfaturados.*

16.6. *Esse demonstrativo de débitos da Construtora OAS, de 28/5/2009, serviu de base para a citação da empresa, por meio do Ofício Secex/SP 2109, de 29/5/2009, de fls. 2237 (peça 12, p. 54-55).*

16.7. *O demonstrativo de débitos de fls. 2607-2609 (peça 14, p. 93-95), juntamente com o demonstrativo de fls. 2604-2606, ambos de 19/11/2010, por certo se referem à citação do recorrente Douglas efetuada por meio do Ofício Secex/SP 719, dessa mesma data, às fls. 2635-2636 (peça 14, p. 121-123).*

16.8. *O demonstrativo de débito de 15/4/2011, no valor atualizado de R\$ 927.040,18, às fls. 2688-2689 (peça 14, p. 185-186), por sua vez, serviu de base ou justificativa para a citação do recorrente efetuada por meio do Ofício Secob3 211, de 12/4/2011, às fls. 2685-2687, que ostenta esse mesmo total atualizado (peça 14, p. 181-183).*

16.9. Os valores dessas citações de 2010 e 2011 se basearam em cálculo realizado na instrução da Secob-3 de 17/8/2010, às fls. 2588-2600 (peça 14, p. 73-85). Nela, como se pode verificar no trecho transcrito a seguir, efetuou-se mera atualização de valores de citações anteriores (peça 14, p. 78, com destaques acrescidos):

2.1.2.21. Ante o exposto e considerando que a citação do Secretário de Obras [Artur Pereira Cunha] foi feita apenas nos casos das medições de 33^a a 37^a Complementar, propõe-se que sejam refeitas as citações, imputando as responsabilidades pelos débitos apenas aos Diretores de Obras e aos Secretários de Obras do Município de Guarulhos nos períodos das ocorrências dos débitos, solidariamente à Construtora OAS Ltda. (...)

2.1.2.22. Considerando ainda que as primeiras citações foram feitas com base em valores (...) que não levaram em conta a atualização das medições anteriores à 12^a e posteriores à 37^a (...), sugere-se que as citações sejam refeitas no caso do Sr. Douglas Leandrini, ex-Diretor de Obras, do Sr. Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras, e da empresa OAS Ltda. Desta forma, as novas citações serão feitas pelo valor completo do débito, levando-se em conta a atualização dos valores.

16.10. Portanto, as referidas citações tomaram por base as citações efetuadas pela Secex/SP em 2007 e 2009 (fls. 1969-1974 – peça 10, p. 291-296 – e fls. 2223-2240 – peça 12, p. 38-60), ambas baseadas no Acórdão 355/2007-Plenário, o qual, como se viu acima, fez uso de planilhas que consideravam, no cômputo do débito, outros itens além do 01.04 (fls. 658-745 – peça 4, p. 58-145). Além disso, como destacou o próprio recorrente, as citações baseadas nos demonstrativos de fls. 2223-2233 estão acompanhadas de especificação dos itens superfaturados.

16.11. Assim, não há falar que a citação da OAS discriminava os itens superfaturados, enquanto a do recorrente não, porque esta última não passa de atualização monetária da primeira, referindo-se não só ao item 01.04 como também a outros itens.

16.12. Destaque-se, ainda, que os débitos imputados ao recorrente Douglas pelo Acórdão 1721/2016-Plenário são listados e especificados na peça 16, p. 25, Tabela 8, e na peça 16, p. 19-20, Tabela 7, verificando-se que se estenderam da 6^a à 14^a medições parciais, abrangendo a compensação entre débitos e créditos verificados nos itens 01.02, 02.02, 02.06, 03.07.02, 03.07.05, 03.13.01, 01.01, 01.02, 01.04, 02.06, 02.19 e 03.15 da planilha orçamentária da obra, o que coloca de vez por terra o argumento do recorrente.

16.13. Ante o exposto, conclui-se que não procede a alegação de violação aos princípios do contraditório e do devido processo legal, tendo em vista que os débitos imputados ao recorrente levam em conta vários outros itens da planilha contratual além do item 01.04 e estão devidamente discriminados nos autos.

A incidência de coisa julgada administrativa.

17. Alegam Kimei Kuniyoshi (peça 196), Douglas Leandrini (peça 197) e Sueli Vieira da Costa (peça 198) que:

a) o processo licitatório e a obra analisados na presente TCE já foram alvo de considerações do TCU, não tendo sido identificadas quaisquer irregularidades significativas, o que configura coisa julgada administrativa. Só é possível o reexame da matéria mediante a anulação daquelas decisões por instrumento processual semelhante à ação rescisória.

17.1. Alegam Nelson Rodrigues Pandeló (peças 262 e 275), Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peças 263 e 272) e Artur Pereira Cunha (peças 264 e 273) que:

a) a determinação de prosseguimento da obra e a autorização de medições pelos recorrentes ocorreram na vigência de duas decisões dessa Corte de Contas em prol da regularidade dos procedimentos então adotados com relação à obra contratada.

17.2. *Análise:*

17.3. *Os recorrentes reforçam seu argumento com trecho de parecer de Marçal Justen Filho, anexado aos autos pela Construtora OAS Ltda. (peça 7, p. 103, apud peça 196, p. 23):*

Assim considerada a questão, verifica-se a impossibilidade jurídica de o C. TCU reinstalar a discussão sobre a validade da Concorrência nº 03/98 - CLOSE, promovida pelo Município de Guarulhos, do contrato dela derivado e dos fatos verificados até o ano de 2002. Tal deriva de que a matéria já fora submetida ao crivo da fiscalização pela própria Corte de Contas, merecendo decisão de regularidade. Portanto, configura-se a existência de uma coisa julgada administrativa, a impedir que o próprio TCU reinicie o exame do tema sem que, previamente, seja promovida a desconstituição de suas decisões pretéritas.

17.4. *As deliberações com que se escudam os recorrentes são as seguintes:*

Fiscobras 2001. Ações de reestruturação urbana, interligação de áreas urbanas e adequação de vias. Conclusão das obras do complexo viário da marginal do Rio Baquirivu. Não-constatação de irregularidades ou dano ao erário. Ciência à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional. Arquivamento.

Decisão 647/2001 - Plenário. TC 008.803/2001-0 - Relatório de Levantamento. Relator: Marcos Vinícios Vilaça.

Fiscobras 2002. Levantamento de auditoria [nas obras de conclusão do Complexo Viário da Marginal do Rio Baquirivu]. Ausência de indícios de irregularidades ou dano ao erário. Arquivamento.

Decisão 1100/2002 - Plenário. TC 007.800/2002-2 - Relatório de Auditoria. Relator: Benjamin Zymler.

17.5. *Ocorre que o entendimento defendido pelo ilustre parecerista está em desacordo com as normas que regem os processos de competência do TCU. Segundo estabelece a Lei 8443/1992 (Lei Orgânica do TCU):*

Art. 10. A decisão em processo de tomada ou prestação de contas pode ser preliminar, definitiva ou terminativa.

(...)

§ 2º Definitiva é a decisão pela qual o Tribunal julga as contas regulares, regulares com ressalva, ou irregulares.

(...)

Art. 35. De decisão definitiva caberá recurso de revisão ao Plenário, sem efeito suspensivo, interposto por escrito, uma só vez, pelo responsável, seus sucessores, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de cinco anos (...)

Art. 48. De decisão proferida em processos concernentes às matérias de que tratam as Seções III [atos sujeitos a registro] e IV [fiscalização de atos e contratos] deste Capítulo caberá pedido de reexame, que terá efeito suspensivo.

17.6. *E, conforme esclarece o Regimento Interno do TCU:*

Art. 288. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, inclusive especial, cabe recurso de revisão ao Plenário, de natureza similar à da ação rescisória (...)

17.7. Portanto, das decisões acima, ambas proferidas em processos de fiscalização de contrato, caberia apenas pedido de reexame. O recurso de revisão, de natureza similar à da ação rescisória, só é cabível de decisão definitiva em processos de tomada ou prestação de contas.

17.8. Não é preciso grande esforço hermenêutico para concluir que, à luz da Lei Orgânica/TCU, as decisões, ainda que de mérito, em processos de fiscalização, não fazem coisa julgada, pois, uma vez transitadas em julgado, não podem mais ser reformadas por recurso de revisão, o sucedâneo da ação rescisória no sistema processual deste Tribunal, o que desautoriza totalmente a tese defendida pelo i. parecerista, por falta de supedâneo legal.

17.9. A impossibilidade de se atribuir efeito de coisa julgada a deliberações em processos de fiscalização é confirmada pela jurisprudência desta Corte de Contas. Assim dispõem, por exemplo, os seguintes precedentes:

As auditorias realizadas pelo TCU não conferem atestado de regularidade ao período ou ao objeto da fiscalização, pois apresentam exames específicos realizados de acordo com o escopo de cada trabalho. Julgamentos pretéritos não fazem coisa julgada administrativa em relação a irregularidades não identificadas, por quaisquer motivos, na auditoria apreciada e posteriormente verificadas em novas fiscalizações.

Acórdãos 1001/2015 e 1000/2017-Plenário, rel. e rev., respectivamente: Benjamin Zymler.

As deliberações proferidas pelo TCU em processos de auditoria não atestam a regularidade do objeto fiscalizado em relação a irregularidades não identificadas na auditoria. O julgamento de auditoria não faz coisa julgada administrativa em relação a irregularidades não identificadas.

Acórdão 1989/2015-Plenário, rel. Benjamin Zymler.

Na busca da verdade material, julgamentos pretéritos não têm o condão de fazer coisa julgada e não impedem que diante de novas situações se apontem falhas anteriormente não identificadas por quaisquer motivos.

Acórdão 1884/2014-Plenário, rel. Augusto Sherman.

17.10. Os limites objetivos da coisa julgada são aferíveis para fins de avaliar seus efeitos. Só é possível compreender o conteúdo de acórdão proferido no âmbito judicial ou administrativo a partir dos fatos e dos direitos (causa de pedir) constantes do respectivo voto condutor. A esse respeito, confira-se o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

5. A **questio iuris** se resume à discussão acerca da ocorrência, ou não, de ofensa, pelo acórdão recorrido, à coisa julgada proferida nos autos do mandado de segurança de n. 97.00.13939-5, à luz de seus limites objetivos.

6. O fato de a fundamentação da sentença não estar sujeita ao trânsito em julgado, não impede que ela seja considerada para se definir o exato conteúdo do dispositivo, nos casos em que há dúvidas a esse respeito, como ocorre no caso concreto. Precedente: Rcl 4.421/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 15/04/2011).

REsp 1223257/PR. Rel. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. DJe 23/3/2015.

1. A coisa julgada contida no dispositivo da decisão judicial transitada em julgado está delimitada pelo pedido e pela causa de pedir apresentadas na petição inicial do processo de conhecimento.

2. Conquanto somente o dispositivo da sentença seja abarcado pela coisa julgada material, é certo que os efeitos da res judicata apenas se abatem sobre as matérias cujos

contornos fáticos e jurídicos tenham sido efetivamente examinados e decididos pelo Poder Judiciário de forma definitiva.

RMS 30414/PB. Rel. Laurita Vaz. Quinta Turma. DJe 24/4/2012.

17.11. Ou seja, ainda que, apenas para argumentar, se supusesse a possibilidade de incidência de coisa julgada em processos de fiscalização, ela teria por limite as questões apreciadas nas deliberações, o que não impediria a apuração e julgamento pelo Tribunal de outras irregularidades identificadas posteriormente.

17.12. Desse modo, não merecem acolhida as alegações dos recorrentes tratadas neste tópico.

Os débitos decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato PMG 39/1999.

18. Alegam Kimei Kuniyoshi (peça 196), Douglas Leandrini (peça 197) e Sueli Vieira da Costa (peça 198) que:

a) ao tempo da elaboração do projeto executivo da obra em questão, o solo da região, do tipo mole, precisava ser substituído. Como na região existiam poucos bota-foras e jazidas aptos a serem utilizados – muito em razão do atraso no processo de desapropriação de moradias populares e de estabelecimentos comerciais –, houve a necessidade de se redesenhar o trajeto dos caminhões para o bota-fora e para as jazidas disponíveis, o que diminuiu o serviço de transporte de solo para até 10 km (item 01.03) e o aumentou para até 20 km (item 01.04).

b) Sueli não foi responsável pelas alterações do contrato e, mesmo que tivesse sido, estas foram inquestionavelmente necessárias.

18.1. Alega a Construtora OAS S.A. (peça 260) que:

a) quando iniciada a obra, restavam pendentes de conclusão um processo de remoção e desapropriação de uma favela e de três empresas privadas.

b) isso obrigou os caminhões da recorrente a utilizar as jazidas e os bota-foras localizados do lado esquerdo do local, cujo percurso era de aproximadamente 20 km, em vez dos trajetos menores, de até 10 km, que seriam feitos pelo lado direito.

c) ademais, em seu voto, o Exmo. Ministro Relator consignou que não há como saber, por falta de elementos nos autos, se a não expedição da licença ambiental no prazo adequado foi ou não causada pela própria sociedade empresária.

d) era da contratante a obrigação de entregar o local de execução das obras perfeitamente desembaraçado, e a de assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

e) portanto, não há razão para se apurar eventual responsabilidade da recorrente por atraso no cumprimento de obrigação que a ela nunca foi contratualmente atribuída.

f) assim, a presença de justa causa para a alteração de quantitativos afasta a hipótese de suposto ‘jogo de planilha’ praticado pela recorrente.

g) não foi constatada conduta imputável à recorrente, pois ao concorrer no certame, elaborou sua proposta com base nos dados fornecidos pela Administração e as alterações quantitativas decorreram exclusivamente de fatos supervenientes, aos quais não deu causa.

18.2. Alega Douglas Leandrini (peça 197) que:

a) todas as alterações do projeto básico foram realmente necessárias, o que não foi questionado por esse Tribunal em momento algum.

b) se as alterações foram necessárias e não houve dano ao Erário, não se pode impor qualquer efeito jurídico negativo ao recorrente.

18.3. Alegam Nelson Rodrigues Pandeló (peças 262 e 275), Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peças 263 e 272) e Artur Pereira Cunha (peças 264 e 273) que:

a) essa Corte reconheceu que as modificações ocorridas na obra executada foram necessárias e justificadas.

18.4. Análise:

18.5. A recorrente Sueli Costa não foi responsabilizada por qualquer débito pelo acórdão recorrido. Desnecessária, portanto, qualquer consideração sobre o argumento apresentado a seu favor.

18.6. A Construtora OAS tenta utilizar em sua defesa assertiva do Ministro Relator **a quo** sobre a falta de licenciamento ambiental. Na verdade, trata-se de reprovação à empresa, formulada, em resumo, nos seguintes termos (peça 124, p. 5):

29. No respeitante ao desequilíbrio econômico-financeiro ocorrido no contrato, a Construtora OAS Ltda. [alegou] a falta de licenciamento ambiental das jazidas (...). Segundo a responsável, [esse fato alterou o método de execução e provocou] um incremento do quantitativo do serviço de transporte até 20 km.

30. (...) não há elementos nos autos para perquirir as causas reais da não expedição da licença ambiental no prazo adequado. (...) não há como saber se tal fato foi ou não causado pela própria sociedade empresária, que pode não ter cumprido as condicionantes ambientais e/ou apresentado os documentos exigidos pelos órgãos ambientais.

18.7. Ou seja, o que o e. relator quis dizer foi que não socorre a empresa a alegação de que o acréscimo de quantitativos teria sido causado pela falta de licenciamento ambiental de jazidas, pois é possível que esse fato tenha sido causado por ela mesma.

18.8. Além disso, a alegação de que as alterações de quantitativos de serviços eram necessárias já foi exaustivamente discutida nos autos, ficando cabalmente demonstrado que não serve de escusa para o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor do Erário que deu origem aos débitos imputados aos responsáveis.

18.9. Conforme observado pela Secob-3 (peça 125, p. 16, com destaques acrescidos):

15.5.1. (...) as alegações de que as alterações eram necessárias não se aproveitam para abatimento dos débitos, pois na apuração destes partiu-se da premissa de que as modificações eram pertinentes, não tendo sido imputado nenhum débito decorrente de execução desnecessária de quantitativos.

18.10. Igualmente, no voto condutor do acórdão recorrido (peça 124, p. 5-6, com destaques acrescidos):

31. Quanto à modificação do método de execução das obras, compreendo que a sequência de execução dos itens de terraplenagem não impacta por si só na definição dos quantitativos, a menos que, juntamente com este fato, tenha ocorrido uma alteração no diagrama de origem e destino de materiais, o que não foi demonstrado pela defesa. No caso, a liberação apenas do lado esquerdo do trecho, como alegado pela sociedade empresária, teria como única consequência a utilização das fontes de materiais e dos bota-foras previstos para a execução do lado esquerdo, o que afetaria apenas o cronograma de execução das obras, sem qualquer repercussão nos quantitativos da obra.

32. De todo modo, registro que a necessidade das modificações contratuais e as suas respectivas causas não guardam relevância para o deslinde da matéria, nem estão sendo questionadas por esta Corte de Contas neste feito. Ainda que tivesse sido comprovado o conjunto de fatos alegado pela Construtora OAS Ltda., ou seja, que o aumento dos

quantitativos dos itens de transporte com maior distância foi causado por circunstâncias alheias à sua atuação, era obrigatório que a alteração do contrato tivesse ocorrido com a observância do equilíbrio econômico inicial do ajuste.

18.11. Ainda no voto condutor, se esclarece, sucintamente, como foram calculados os débitos imputados aos recorrentes (peça 124, p. 8, com destaques acrescidos):

48. A Secex/SP e, posteriormente, a SecobEnerg compararam os preços do Contrato 039/1999 com os especificados no próprio orçamento-base da licitação, os quais, por sua vez, foram obtidos na Tabela de Preços da Prefeitura Municipal de Guarulhos/SP. Posteriormente, a Secob confrontou os aludidos preços com os da Tabela Pini, adaptados com os insumos do Sinapi, contrapondo a defesa apresentada pela empresa contratada, e, por fim, comparou o preço do item mais relevante da amostra '01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km', com os parâmetros do Sicro.

49. (...) a Secob, numa opção conservadora, manteve o paradigma inicial em relação aos quais os responsáveis foram citados, uma vez que ensejou um débito menor do que o obtido a partir do uso das referências sugeridas pela defesa.

50. Com relação ao valor do débito, registro, inicialmente, que parcela significativa do superfaturamento reside no pagamento do item '01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km' (segundo a SecobEnerg, tal item representa cerca de 95%). Tal fato decorreu do expressivo sobrepreço unitário constatado no serviço - estava 81,52% acima do orçado pela municipalidade - e do acréscimo de 138,07% ocorrido no quantitativo do serviço.

18.12. Em suma, embora até sejam questionáveis os argumentos utilizados pelos recorrentes para justificar as alterações nos quantitativos de serviços, não lhes foi imputado débito por esse motivo, mas sim porque tais alterações incidiram justamente sobre alguns preços unitários, notadamente o do item '01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km', que apresentavam expressivo sobrepreço em relação aos especificados no orçamento-base da licitação, obtidos da Tabela de Preços da Prefeitura Municipal de Guarulhos/SP, o que causou dano ao Erário.

18.13. Esse sobrepreço foi confirmado pelo emprego de outros sistemas de preços, como a Tabela Pini, o Sinapi e o Sicro. Mas, mesmo obtendo-se sobrepreço ainda maior com base nesses sistemas, o Tribunal, em consonância com o entendimento da unidade técnica, manteve como parâmetro a tabela de preços da Prefeitura, adotando, assim, critério mais benéfico para os responsáveis.

18.14. Assim sendo, ainda que não se questione a necessidade das alterações em si, sua incidência, sobretudo pela elevação da quantidade de item com acentuado sobrepreço, acabou por provocar grave desequilíbrio econômico-financeiro contratual desfavorável à Administração, ocasionando, sim, dano ao Erário, o que demandou a ação corretiva do Tribunal.

18.15. Ante o exposto, não merecem guarida as alegações dos recorrentes.

18.16. Alegam Kimei Kuniyoshi (peça 196), Douglas Leandrini (peça 197) e Sueli Vieira da Costa (peça 198) que:

a) não foi apontada qualquer irregularidade nos valores unitários por órgão de controle, em nenhum momento do processo licitatório. Além disso, tratava-se de licitação por menor preço global, em que não se analisam itens isolados. Então, como afirmar que caberia a Kimei e Douglas declarar a irregularidade dos valores constantes no item 01.04? Não houve dolo nem culpa dos recorrentes.

b) de acordo com o parecer do Prof. Hélio de Souza Ricardo, o valor apresentado pela construtora para o item 01.04 era condizente e adequado. Não houve dano ao Erário.

c) preço adequado é aquele que deriva de licitação realizada nos termos da lei, descabendo aos órgãos de fiscalização manifestar-se sobre a sua conveniência. O momento de sua aferição deve ser anterior à celebração do contrato, como previsto em Lei (Carlos Ari Sundfeld).

d) não foram preenchidos, portanto, os principais requisitos para a responsabilização subjetiva de Kimei e Douglas: culpa e dano.

18.17. Alega a Construtora OAS S.A. (peça 260) que:

a) participou lididamente da licitação, cujo edital estabeleceu o menor preço global como critério de julgamento das propostas.

b) trouxe aos presentes autos estudo elaborado pela PINI Serviços de Engenharia, elucidando que os preços originais do contrato são inferiores em R\$ 387.961,05 ao preço de mercado.

c) não se pode exigir que relação jurídica regularmente estabelecida em 1999, antes da edição da LDO de 2010, tenha que se adequar a diretrizes posteriores, como a Tabela Sicro, tomada como parâmetro pela Secob.

d) não há sobrepreço, pois os valores contratados estavam em consonância com aqueles praticados à época da contratação. Logo, não há superfaturamento.

18.18. Análise:

18.19. Segundo a jurisprudência do TCU:

Para apuração de sobrepreço em obras públicas, aplica-se preferencialmente o método da limitação dos preços unitários ajustado (MLPUA) na análise de editais e o método da limitação do preço global (MLPG) no caso de obra já contratada.

Acórdão 2307/2017-Plenário, rel. Augusto Nardes.

Para a apuração de sobrepreço em obras já contratadas, o método adequado é o da limitação do preço global (MLPG), que prevê a compensação entre os preços superavaliados e os subavaliados, só havendo sobrepreço ou superfaturamento se a soma dos valores superavaliados superar os subavaliados, imputando-se o sobrepreço pela diferença global. Para serviços incluídos mediante termo de aditamento contratual, a avaliação de superfaturamento é mais indicada pelo método da limitação dos preços unitários (MLPU), que considera apenas os serviços com preço unitário acima do referencial, sem compensação com itens subavaliados.

Acórdão 1727/2018-Primeira Câmara, rel. Benjamin Zymler.

18.20. Conforme esclarece, didaticamente, o parecer lavrado pelo Ministério Público junto a este Tribunal que fundamentou a decisão adotada mediante o Acórdão 2.992/2016-1ª Câmara (com destaques acrescidos):

17. Nos autos do TC 028.868/2011-0, este Tribunal discutiu a metodologia a ser adotada para apuração de sobrepreço em processos de obras. Na oportunidade, foram analisados o ‘método da limitação dos preços unitários ajustado - MLPUA’ e o ‘método da limitação do preço global - MLPG’. Em manifestação no referido processo, o MP/TCU esclareceu que:

A diferença entre tais metodologias consiste basicamente na possibilidade de compensar, na análise de preços de um mesmo contrato, serviços superavaliados e serviços com

desconto. O sobrepreço calculado conforme o MLPUA decorre da simples soma dos valores unitários que ultrapassem os preços referenciais, sem que haja nenhum tipo de compensação com eventuais itens subavaliados. Por sua vez, o MLPG adota uma visão mais global do contrato ao prever a compensação de itens superavaliados com itens subavaliados.

Na prática, com base no MLPUA, uma planilha contratual apresenta sobrepreço sempre que algum dos seus serviços apresentar valor acima do preço unitário de referência. Nessa linha, enfoca-se cada serviço isoladamente, a partir da premissa de que o preço unitário de nenhum item da planilha pode ser injustificadamente superior ao paradigma de mercado. O contrato apresentará sobrepreço mesmo que seu preço global esteja compatível com os parâmetros de mercado.

Já pelo MLPG, só haverá sobrepreço em um contrato se a soma dos valores superavaliados superar a soma dos valores subavaliados, uma vez que se admite a compensação.

18. Na oportunidade, examinou-se a jurisprudência do Tribunal sobre o tema e concluiu-se que não há como estabelecer um método padrão para cálculo de sobrepreços aplicável genericamente a todas as situações, devendo ser analisadas as peculiaridades do caso concreto. Uma dessas peculiaridades seria o momento em que é apurado o sobrepreço: se durante a licitação ou já na fase de execução contratual.

19. Entendeu-se que o MLPG (que permite a compensação de itens superavaliados com itens subavaliados), na maior parte das vezes, apresenta-se como o método mais apropriado na análise de contratos de obras públicas, já que ‘permite a garantia da justa remuneração pela obra, uma vez que a Administração não pagará pelo objeto mais do que seu valor de referência’, evitando que ‘a consideração unitária de sobrepreços possa repercutir, até, ao enriquecimento sem causa da administração’.

20. De acordo com o referido julgado, ‘haveria risco para a Administração apenas numa eventual mudança de quantitativos durante a execução contratual’ (‘jogo de planilhas’), risco que pode ser afastado se observada a legislação, ‘que obsta a redução da diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência na ocorrência de aditamentos’. O Acórdão 1.767/2008-TCU-Plenário também é nesse sentido ao concluir pela obrigatoriedade de manutenção dos padrões de desconto global relativamente ao orçamento-base da licitação.

21. Já o MLPU (que consiste na simples soma dos valores superavaliados), deve ser adotado preferencialmente na análise de editais, em casos de ‘sobre avaliação preordenada de itens que apresentam quantitativos claramente subestimados’, ou ainda em alguns casos de inclusão de serviços novos, ‘com vistas a proteger o equilíbrio econômico financeiro do contrato’.

18.21. No mesmo sentido, os seguintes acórdãos plenários: 2.510/2016, rel. Augusto Sherman; 1.219/2014, rel. Ana Arraes; 183/2014, rel. Augusto Sherman; 3.650/2013, rel. Ana Arraes; 3.443/2012, rel. Valmir Campelo; 2.279/2011, rel. André de Carvalho; 1.923/2011, rel. Valmir Campelo; 1.922/2011, rel. Valmir Campelo; 1.877/2010, rel. Augusto Sherman; e 2.319/2009, rel. Augusto Sherman.

18.22. Portanto, efetivamente, para garantia da justa remuneração de contratos de obras públicas, esta Corte entende mais adequada a compensação de itens superavaliados com itens subavaliados, de modo que seu valor global não resulte nem maior nem menor do que o do orçamento de referência.

18.23. Mas o caso adquire outros contornos quando sobrevêm alterações de quantitativos durante a execução contratual, passando a ser obrigatória, para garantia do equilíbrio econômico-financeiro, a manutenção da diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor do orçamento de referência, conforme preconiza o Acórdão 1.767/2008-Plenário. Esse entendimento se mostrou tão efetivo, na prática, que acabou inscrito no **caput** do seguinte dispositivo do Decreto 7.983/2013 (que dispõe sobre o orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União):

Art. 14. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

18.24. Portanto, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte, mesmo em licitações por menor preço global, não é exato afirmar que 'não se analisam itens isolados'. Essa análise existe, mas apenas como ferramenta para a avaliação da conformidade do valor global com o valor de referência. Assim, admite-se a inclusão de itens superavaliados, desde que compensada pela inclusão de itens subavaliados de valor pelo menos aproximadamente igual (cf. MLPG). Desse modo, assiste parcialmente razão aos recorrentes quanto a esse ponto.

18.25. Acontece que tudo muda quando ocorrem alterações de quantitativos durante a execução contratual, caso em que se exige a manutenção do desconto global contratado em relação ao orçamento-base da licitação, para preservação do equilíbrio econômico-financeiro da avença. Ora, foi exatamente o que teve lugar no caso vertente, em que as unidades técnicas encarregadas empregaram o 'método do desconto', mediante o confronto entre os débitos e os créditos atribuíveis aos responsáveis pelas referidas alterações (peça 124, p. 8, § 47), ou, como descrito no Acórdão 1755/2004-Plenário, rel. Walton Alencar Rodrigues, que introduziu o referido método neste Tribunal:

(...) realizou-se o 'balanço' entre os itens alterados, para tentar neutralizar os eventuais ganhos ou prejuízos auferidos pela contratada e, em sentido inverso, pela Administração, a fim de garantir que o contrato continue refletindo a melhor proposta para a licitação, com o menor preço global.

18.26. Conclui-se, então, que a circunstância da licitação do contrato sob exame ter sido realizada por preço global não constitui óbice algum à análise de preços unitários, tendo em vista a superveniência de alterações nos quantitativos contratados que alteraram significativamente a relação econômico-financeira originalmente estabelecida, em desfavor do Erário, demandando seu restabelecimento.

18.27. Ademais, conforme exposto acima, não cabia aos órgãos de controle fazer objeção quanto aos preços unitários durante o processo licitatório, eis que, naquela ocasião, era necessário apenas avaliar a conformidade do preço global da licitante vencedora com o preço global do orçamento de referência, efetuando-se compensação entre itens superavaliados e itens subavaliados, segundo o Método da Limitação do Preço Global - MLPG, o que não revelou qualquer discrepância significativa, segundo se depreende dos autos.

18.28. Então, é perfeitamente razoável imputar responsabilidade aos recorrentes Kimei e Douglas, como secretário e diretor de obras da prefeitura municipal, respectivamente, pelo expressivo desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999, em desfavor do Erário, surgido, não no processo licitatório, mas durante a execução contratual, em razão da alteração nos quantitativos contratados.

18.29. Desequilíbrio, aliás, de tal monta que 'caso fossem adotados os quantitativos de serviço definidos após a assinatura do termo aditivo, a empresa vencedora do processo licitatório

seria a Construtora Queiroz Galvão S/A e a Construtora OAS Ltda. seria a última colocada', como consignado no relatório do acórdão recorrido (peça 125, p. 18).

18.30. Também à luz do exposto acima, não procede a assertiva do ilustre parecerista de que preço adequado é aquele que deriva de licitação realizada nos termos da lei, pois pode deixar de sê-lo devido a alteração posterior dos quantitativos, caso dê causa a desequilíbrio econômico-financeiro contratual. Como é consabido, a lei determina a retificação dessa distorção, o que é ainda mais imperativo quando se mostre desfavorável ao Erário, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público.

18.31. Igualmente errônea é sua proposição de que o preço só pode ser aferido antes da celebração do contrato, pois, como visto, a pacífica jurisprudência desta Corte de Contas entende que também é cabível a aferição dos preços contratados, não só no momento da contratação, como por ocasião de eventuais alterações nos quantitativos ajustados, tendo em vista a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença.

18.32. Quanto à assertiva do parecerista de que não cabe aos órgãos de fiscalização manifestar-se sobre a conveniência dos preços licitados, o e. Relator **a quo**, em seu voto, observou que 'a legislação reitoria da matéria possui uma série de comandos pertinentes à necessidade de observância dos preços praticados no mercado, por ocasião das contratações públicas' (Lei 8.666/1993, arts. 6º, IX, e IX, 'f'; 43, IV; 24, VII; e 48, § 3º), concluindo, sob esse fundamento, que (peça 124, p. 6-7):

41. (...) se os órgãos e entidades devem elaborar orçamento detalhado que possibilite a avaliação do custo da obra e, posteriormente, julgar a licitação segundo os preços do edital e do mercado, cabe ao Tribunal de Contas da União, na condição de órgão encarregado de exercer a fiscalização da correta aplicação dos recursos federais, verificar o estrito cumprimento dos comandos especificados na lei. (...)

18.33. A intervenção dos órgãos de controle na hipótese é chancelada também, e de modo ainda mais direto, pelo seguinte dispositivo da Lei de Licitações:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

18.34. Não resta dúvida, pois, sobre o desacerto da posição do parecerista também quanto a esse ponto.

18.35. Alega a construtora que não houve sobrepreço, logo não houve superfaturamento. Ocorre que houve, sim, superavaliação de alguns itens contratados, notadamente o 01.04, que fora, todavia, compensada, por ocasião da celebração do contrato, pela subavaliação de outros itens, o que validava a contratação, como explanado acima. Porém, como relatado pela Secex/SP (peça 125, p. 17-18):

10.3.15.1.9. Cabe notar a similaridade dos serviços prestados nos itens 01.03 (Remoção de terra além do 1º km até a distância média de ida e volta de 10 km - m3) e 01.04 (Remoção de terra além do 1º km até a distância média de ida e volta de 20 km - m3). Em análise comparativa, verificamos que, enquanto o item 01.03 tinha preço contratado (R\$ 2,92) 64,1% inferior ao orçado (R\$ 8,13) e 53,4% inferior à média das licitantes (R\$ 6,27), o item 01.04, contratado a R\$ 20,82, tinha sobrepreço de 81,5% em relação ao valor orçado (R\$ 11,47) e era 41,8% superior à média das licitantes (R\$ 14,68)

10.3.15.1.10. Apesar de serem serviços de mesma natureza, o item 01.03, que tinha preço muito inferior ao de mercado, sofreu relevante supressão em seu quantitativo, reduzido em 518.956 unidades, uma supressão de 79,6% no quantitativo original de 652.289,00, enquanto o item 01.04, que apresentava sobrepreço, sofreu aditamento no quantitativo de 906.933,53, um aumento de 161,5% em relação ao quantitativo original de 561.605,00, conforme o Termo Aditivo n° 3/03 (fls. 1251-1256).

18.36. Por conseguinte, na contratação, havia sobrepreço, mas que não se teria convertido em superfaturamento, caso mantidas as condições iniciais, porque compensado pelo subpreço em outros itens. Com as alterações de quantitativos descritas acima, no entanto, o sobrepreço no item 01.04 passou a se traduzir em expressivo aumento no valor total contratado em relação ao orçamento de referência, acarretando desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, e se convertendo, conseqüentemente, em superfaturamento.

18.37. Uma série de pareceres foram apresentados, no decorrer do processo, para tentar justificar o preço unitário de R\$ 20,82/m³ cobrado pela OAS pelo item 01.04 do orçamento contratual (serviço de 'remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km'), origem da maior parte do superfaturamento apontado nos autos.

18.38. Nesta oportunidade, os recorrentes referem-se ao parecer do Prof. Hélio de Souza Ricardo, que atribuiu o preço de R\$ 21,45/m³ para o item (peça 29, p. 98-106) e ao da PINI Serviços de Engenharia, que atribuiu o de R\$ 20,26/m³, concordando com a estimativa do parecer do Eng. Jaime Vicente Caserta Scatena, da própria Construtora OAS (peça 29, p. 70-88).

18.39. Essa matéria já foi detalhadamente discutida nos autos (vide itens 15.3 a 15.4.43 da instrução da então Secob-3, transcrita no relatório do acórdão recorrido, à peça 125, p. 5-15). Em resumo, a respeito dos pareceres ora considerados, consigna-se que (peça 125, p. 12-15, com destaques acrescidos):

15.4.19. Quanto ao primeiro ponto, destaca-se que o engenheiro [Jaime Scatena] adotou um fator de eficiência de 70% ($i = 0,70$) sem justificar este valor. Apesar de ser razoável se supor que a velocidade do tráfego e a existência de semáforos e lombadas interfiram na produtividade do transporte, no caso, de material de escavação, não foram juntados aos autos estudos que demonstrem numericamente que as situações relatadas diminuíram a produtividade desse transporte em 30%, conforme considerado.

15.4.20. No Sicro, o fator de eficiência usualmente adotado é de 0,83 e, apenas para obras de restauração, utiliza-se um fator de eficiência de 0,75, ainda acima do adotado pela defendente.

15.4.21. Em situação similar, julgada pelo Acórdão 1891/2008-TCU-Plenário que trata de obras e serviços de adequação, ampliação e revitalização do Aeroporto Internacional São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro, não foram aceitas as justificativas da Infraero no sentido de que interferências, tal como a restrição de velocidade de tráfego dentro do sítio aeroportuário, imposta pelas normas de segurança, dentre outras, implicariam na redução nos índices de produtividade em 20%. No caso das obras da Infraero, assim como no presente caso, não há demonstração da redução da produtividade, razão pela qual esse valor não pode ser aceito.

(...)

15.4.25. Buscando verificar a regularidade do preço apresentado, consultou-se o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi) da época (data-base junho/1999). (...)

15.4.26. Nele, verifica-se que o maior custo horário produtivo de caminhão basculante disponível é de R\$ 35,00/h e corresponde ao insumo 1137 - Caminhão basculante Mercedes Benz L-2213/42, de 18 m³, 180 CV, o qual já foi utilizado pela Construtora OAS em sua primeira manifestação. O custo horário operativo do caminhão basculante adotado, de R\$ 53,36/h, é 52,5% acima do maior custo encontrado no Sinapi.

(...)

15.4.29. Caso fosse adotado o caminhão basculante Mercedes Benz L-2213/42, de 18 m³, 180 CV, indicado na primeira manifestação da OAS, (...)

15.4.31. (...) o preço do serviço seria (...) = R\$ 5,77 / m³.

15.4.39. Na análise do custo do serviço de remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km e em outros serviços de movimento de terra, o relatório da PINI Serviços de Engenharia utiliza como base o coeficiente horário de produção encontrado pelo engenheiro da OAS, no qual se identificou a inconsistência citada.

15.4.40. Além disso, os dois relatórios apresentados, o da PINI e o do Prof. Hélio de Souza Ricardo, utilizam o custo horário operativo do caminhão basculante de R\$ 53,36/h. Como se considera esse preço inválido, entende-se que não devem ser consideradas as conclusões alcançadas quanto à inexistência de superfaturamento nesse serviço, uma vez que os dois relatórios partiram de premissas equivocadas.

(...)

15.4.42. Assim, diante das análises apresentadas acima, propõe-se que não sejam acatados os argumentos da Construtora OAS Ltda. quanto ao sobrepreço deste serviço e que seja mantido o preço de referência adotado pela Secex/SP, de R\$ 11,47/m³.

15.4.43. Quanto aos demais serviços, (...) foram avaliadas as composições apresentadas pela PINI Engenharia para compor os preços unitários de cada serviço, tendo sido encontradas as inconsistências listadas ali.

18.40. Portanto, já foi suficientemente demonstrado nos autos que os preços propostos nos referidos pareceres – e, conseqüentemente, o cotado pela OAS para o item 01.04 – estavam muito acima do preço de mercado e que o preço considerado pelo Tribunal, de R\$ 11,47/m³, baseado na tabela utilizada pela Prefeitura Municipal de Guarulhos, é até favorável aos recorrentes, pois poderia ser ainda menor.

18.41. Também foram encontradas inconsistências nos preços unitários de diversos outros serviços analisados pela unidade técnica (Anexo II, peça 16, p. 1-8).

18.42. A construtora protesta contra a aplicação ao contrato de diretrizes posteriores à sua assinatura, em 1999, referindo-se, em particular, ao Sistema Sicro. Ocorre que, como visto acima e destacado no acórdão recorrido, o Sicro foi apenas utilizado como referência para demonstrar o excesso praticado pela empresa na fixação do preço do item 01.04, sendo que, ao final, o preço utilizado como base para o cálculo do superfaturamento foi o estabelecido na tabela utilizada pela prefeitura municipal. O mesmo se deu com o Sinapi.

18.43. Ante o exposto, verifica-se que as alegações dos recorrentes no presente tópico praticamente se limitaram à repetição das formuladas em defesas anteriores apresentadas nos autos, de modo que, pelos motivos já expostos em peças anteriores e pelos ora acrescentados, não merecem ser acolhidas.

18.44. Alegam Nelson Rodrigues Pandeló (peças 262 e 275), Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peças 263 e 272) e Artur Pereira Cunha (peças 264 e 273) que:

a) não houve ‘jogo de planilhas’ facilmente identificável pelos recorrentes, pois, para verificar o superfaturamento, concentrado no item 01.04 do orçamento contratual, foram necessários cálculos de alta complexidade pelos técnicos dessa Casa. Por isso, não tinham como avaliar a ocorrência de eventual desequilíbrio econômico-financeiro da avença.

18.45. Análise:

18.46. Os cálculos referidos foram realizados por zelo da unidade técnica, para não deixar qualquer dúvida sobre a ocorrência de sobrepreço. Mas este era facilmente verificável, dada a enorme discrepância entre o preço orçado, de R\$ 11,47, e o preço contratado do item 01.04, de R\$ 20,82, isto é, 81,5% superior.

18.47. Ademais, como indicado acima, esse item sofreu acréscimo quantitativo de 161,5%, à custa, justamente, da supressão de 79,6% na quantidade do item 01.03, cujo preço contratado, de R\$ 2,92, era 64,1% inferior ao orçado, de R\$ 8,13. Exemplo clássico de ‘jogo de planilhas’, também facilmente verificável.

18.48. Além disso, a Secex/SP apontou exemplos de outros itens com distorção ainda maior em relação aos preços orçados e que também sofreram alterações quantitativas lesivas ao Erário (peça 4, p. 162):

| Item | Alteração Quantitativa | Variação de Preço |
|-------|------------------------|-------------------|
| 02.02 | 4.010,03 | 630% |
| 02.03 | 4.545,55 | 419% |
| 02.01 | 3.013,13 | 785% |
| 04.03 | 34,00 | 156% |
| 03.10 | (40,00) | -100% |
| 05.22 | (6,00) | -92% |

18.49. Portanto, não apresentava dificuldade a verificação do desequilíbrio econômico-financeiro introduzido no contrato, em detrimento do Erário. E, independentemente da existência ou não de ‘jogo de planilhas’, era dever dos gestores restaurar o equilíbrio perdido, como bem registrado pela então Secob-3 (peça 125, p. 17):

15.5.12. No tocante à ausência de justa causa para alteração dos quantitativos, cita-se trecho do voto do Acórdão 1757/2008-TCU-Plenário, segundo o qual: ‘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’.

15.5.13. Ou seja, mesmo que as alterações tenham justa causa, tal fato não justifica o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e, independentemente da existência do dolo, é necessário restaurar o equilíbrio.

15.5.14. Nesse mesmo sentido é o Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário, cujo voto esclarece que:

‘(...)

51. (...) 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 (...)’

15.5.15. Portanto, uma vez caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, independente da causa que tenha levado ao resultado, se por jogo de planilha ou não, seu equilíbrio deve ser restabelecido.

19. Improcedentes, portanto, as alegações apresentadas.

A responsabilidade dos secretários, diretores e fiscais da contratante.

20. Alegam Nelson Rodrigues Pandeló (peças 262 e 275), Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peças 263 e 272) e Artur Pereira Cunha (peças 264 e 273) que:

a) nas funções de secretário (Artur) e diretores de obras (Nelson e Jorge Luiz), receberam contratação licitada e formalizada anteriormente, que já veio com as ditas alterações que teriam provocado o suposto desequilíbrio econômico-financeiro.

b) esse fato deveria ser considerado na gradação das penas aplicadas.

c) grande volume dos serviços que teriam provocado o possível prejuízo, em especial do item 01.04, foram executados e medidos na gestão anterior à de sua nomeação (efetuada em 2001).

d) no relatório do acórdão recorrido, se afirma que era possível ter ciência da existência de solo mole, assim como de favela e fábrica não desapropriadas pela Administração no local da obra, desde a época do certame licitatório, entre 1998 e 1999. Mas os recorrentes só foram nomeados em 2001.

20.1. Análise:

20.2. Essas alegações já foram conclusivamente refutadas nos autos. Conforme observa a Secob-3 (peça 125, p. 21):

15.7.6. Com relação ao argumento de que os responsáveis teriam entrado para os quadros da PMG quando as alterações contratuais já estavam em andamento, esclarece-se que essa situação não elide a irregularidade. Uma vez identificada a falha, deveriam os responsáveis ter adotado as medidas corretivas necessárias (...), ainda mais considerando os indícios facilmente identificáveis de jogo de planilha, especialmente relativos aos itens (...) referentes à remoção de terra.

15.7.7. (...) as alterações no Contrato 039/1999 foram propostas pela Construtora e autorizadas pelos detentores de cargos graduados da Administração Municipal, o de Diretor de Obras e o de Secretário de Obras. Além disso, a questão foi posteriormente formalizada pela apresentação de uma solicitação de aditamento do valor do contrato (fl. 606, vol. 3) (...), assinada pelo Sr. Jorge Luiz Castelo de Carvalho, então Diretor de Obras, e pelo Termo de Aditamento nº 03/03, de 6/9/2003, assinado pelo Sr. Artur Pereira Cunha, à época, Secretário de Obras do município (fls. 1037/1038, vol. 4). (...) o termo foi assinado mesmo após este Tribunal ter apontado o superfaturamento, durante a auditoria realizada em julho de 2003.

15.7.8. (...) assim, (...) esse argumento se aproveita para a gradação da pena, mas não para afastar a responsabilidade dos defendentes.

15.7.9. Assim, por terem adotado as alterações não formalizadas para dar continuidade à execução do contrato 039/99, conduta que (...) determinou a consequência (o dano), fica caracterizada a responsabilização desses defendentes, em consonância com a teoria do dano direto e imediato (...).

15.7.10. Quanto ao Secretário de Obras Artur Pereira Cunha, quem formalizou o aditivo, considera-se que sua conduta foi agravada (...). Concorde-se que as alterações deveriam

ser formalizadas (...). Porém, nessa oportunidade, deveria ter sido restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por meio da adequação dos preços unitários.

20.3. Além disso, cumpre apenas lembrar que as alterações de quantitativos supostamente decorrentes da natureza do solo, de desapropriações pendentes, etc., não tiveram qualquer influência sobre os débitos imputados aos responsáveis, 'pois na apuração destes partiu-se da premissa de que as modificações eram pertinentes, não tendo sido imputado nenhum débito decorrente de execução desnecessária de quantitativos' (peça 125, p. 16, 15.5.1).

20.4. Alegam Kimei Kuniyoshi (peça 196) e Douglas Leandrini (peça 197) que:

a) não procede a equiparação da responsabilidade dos diretores e secretários à dos fiscais da obra, sob o fundamento de que teria havido culpa **in vigilando**, configurada apenas pelo fato de os diretores e secretários terem assinado os boletins de medição.

b) tal responsabilidade deve ser imputada àquele especialmente designado para fiscalizar e supervisionar, conforme precedente do próprio TCU.

c) não há razão para se designar formalmente um servidor ou pessoa contratada para fiscalizar uma determinada obra, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/1993, e, em seguida, exigir-se do diretor e/ou secretário da obra que fiscalize ele mesmo todos os projetos em andamento.

d) só seria possível responsabilizar o diretor e/ou secretário da obra caso restasse comprovado que tomaram ciência das irregularidades e não adotaram providências para corrigi-las.

20.5. Análise:

20.6. Não houve a equiparação de responsabilidade alegada. Como claramente indicado no acórdão recorrido, Kimei e Douglas, na condição, respectivamente, de secretário e diretor de obras, foram condenados ao ressarcimento de débitos 'decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999'. Já os engenheiros fiscais (Valdir, Alexandre, Jorge Luiz, Roberto e Douglas, quando atuou nessa condição) foram condenados ao pagamento de multa, por 'aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal, e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato'.

20.7. Os fundamentos dessas condenações foram plena e didaticamente esclarecidos nos autos pela Secob-3 (peça 14, p. 75-77, com destaques no original e acrescidos):

2.1.2.1 Trata-se aqui de uma questão de responsabilidade administrativa perante o Tribunal de Contas, que se aproxima da responsabilidade civil, por ser decorrente de uma obrigação de reparar dano causado à União. Como pressupostos, a responsabilização civil tem a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

2.1.2.2 Com relação à conduta, pelo menos três delas concorreram para o dano:

a. A não inclusão de critérios de aceitabilidade de preços unitários no edital, aliada a aceitação de proposta de preço com distorções nos preços unitários de até 785% em relação ao preço de mercado, sem que houvesse qualquer questionamento;

b. O atesto de boletins de medição com serviços executados, mas não previstos no contrato, e o aceite indevido de alterações de projetos e especificações, de maneira informal; e

c. A modificação do contrato por alterações de serviços e de quantitativos e a continuidade da sua execução com essas alterações, prejudicando o equilíbrio econômico-financeiro.

2.1.2.3 *O dano resta configurado pelo pagamento a maior por um serviço/objeto. No caso, pelo superfaturamento das obras.*

2.1.2.4 *Quanto ao nexos de causalidade, sugere-se a adoção da Teoria dos Danos Diretos e Imediatos, entendida por muitos doutrinadores como a mais adequada ao direito civil. De acordo com essa teoria, a causa seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo necessário ao resultado danoso, determina este último como uma consequência sua, direta e imediata.*

2.1.2.5 *Nesse sentido, a última das condutas citadas seria a causa, pois a modificação do contrato foi o antecedente fático que determinou a consequência, ou seja, o dano. Caso não houvesse sido alterado, o contrato continuaria equilibrado econômica e financeiramente e, apesar das demais condutas, não haveria uma situação de superfaturamento. As falhas com os preços unitários superfaturados e o atesto de serviços não previstos em contrato, por si só, não causariam o prejuízo.*

2.1.2.6 *Assim sendo, para que seja feita a responsabilização torna-se necessário identificar quem propôs e quem autorizou as alterações do contrato, quem adotou as alterações não formalizadas para dar continuidade à execução do contrato e quem posteriormente formalizou essas alterações, por meio do Termo de Aditamento nº 003/03.*

(...)

2.1.2.8 *Entretanto, considera-se que tais alterações foram propostas pela Construtora e autorizadas pelos detentores de cargos graduados da Administração Municipal, o de Diretor de Obras e o de Secretário de Obras. (...)*

2.1.2.9 *Reforçam a tese três documentos: -Registro de reunião do Sr. Douglas Leandrini com a Construtora OAS, em 14/1/2000, para discutir a 'troca do solo da estaca 10 a 14', fato que deu origem à necessidade do aditivo (fl. 90, Anexo 6); -Pedido de complementação dos recursos a serem alocados na obra, em razão da alteração de serviços e quantitativos, destinado a Secretaria de Finanças do Município e assinado pelo próprio ex-Diretor, Sr. Douglas Leandrini, em 20/10/2000 (fl. 98, Anexo 6); e -Ofício da Construtora OAS, de 3/1/2003, destinado ao ex-Secretário de Obras, Sr. Artur Pereira Cunha, solicitando o aditamento do Contrato em 25% (fls. 599/600, vol. 2). Esse último foi emitido bem após o início das alterações no Contrato, o que passou a ocorrer de forma mais significativa no final do ano de 2000.*

(...)

2.1.2.11 *Entende-se que a apresentação desses (...) documentos (...) confirma a hipótese quanto à responsabilidade pelas alterações realizadas no Contrato Nº 039/99-GP. Ela seria mesmo do Diretor de Obras e do Secretário de Obras do município, sendo os detentores desses cargos, à época da decisão e da continuidade das obras, os responsáveis pelo débito, solidariamente à construtora.*

2.1.2.12 *Acrescenta-se ainda que identificada a necessidade de alteração dos quantitativos, deveriam esses gestores terem se preocupado com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, ainda mais considerando os indícios facilmente identificáveis de jogo de planilha, especialmente relativos aos itens mais representativos na composição do débito, referentes à remoção de terra.*

(...)

2.1.2.14 *Quanto à responsabilidade dos fiscais de obra, (...) a atribuição deles restringia-se a atestar os boletins de medição de acordo com os serviços executados, restando para*

os superiores hierárquicos decidir, juntamente com a construtora, sobre a assinatura ou não de aditivos ao contrato.

(...)

2.1.2.16 (...) Eles deverão responder apenas por aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato (...).

20.8. Portanto, a condenação em débito dos recorrentes nada teve a ver com a assinatura dos boletins de medição, a qual foi causa apenas mediata do dano ao Erário, mas se deveu, sim, à 'modificação do contrato por alterações de serviços e de quantitativos e a continuidade da sua execução com essas alterações, prejudicando o equilíbrio econômico-financeiro'. E esse último fato, como bem demonstrado na transcrição acima, deveu-se a atos praticados exclusivamente pelos diretores e secretários de obra.

20.9. Assim sendo, os recorrentes, como diretor e secretário de obras, não foram condenados ao pagamento de débito por falha na fiscalização do contrato, pois esse fato motivou tão somente a condenação dos engenheiros fiscais ao pagamento de multa. O recorrente Douglas foi condenado ao pagamento de débito e multa específica por ter atuado como diretor e como fiscal, em períodos diferentes, não havendo qualquer relação entre as duas sanções.

20.10. Não tem nenhuma pertinência, por conseguinte, as alegações apresentadas.

A responsabilidade dos engenheiros de campo da contratante.

21. Alegam Valdir Antonucci Minto (peças 261 e 271) e Alexandre Lobo de Almeida (peças 265 e 274) que:

a) deve prevalecer o entendimento da Secex/SP de que os engenheiros exerciam função subalterna, atendendo a determinações superiores, não devendo responder por quaisquer irregularidades.

b) sua função era a de atestar as medições de acordo com os serviços executados em campo. Não lhes cabia fazer a liquidação da despesa.

c) o TCU não questionou eventual medição de serviços não executados e considerou necessárias as modificações implementadas no empreendimento.

d) ao serem designados, se depararam com contratação 'herdada', licitada e formalizada pela gestão anterior, com grande volume de serviços já executados e medidos, inclusive os relativos aos acréscimos e alterações sem formalização.

e) a não constatação de irregularidades pelo TCU em 2001 e 2002, quando os recorrentes foram designados, é muito significativa para relevar as situações examinadas.

f) somente em 2003, quando a obra já estava praticamente concluída, o Tribunal verificou possíveis falhas, ensejando a celebração de termo de aditamento.

g) a enorme quantidade de obras em andamento em Guarulhos à época não permitia que os engenheiros de campo fizessem a aferição dos quantitativos com o ajustado.

21.1. Análise:

21.2. O entendimento da Secex/SP prevaleceu quanto à falta de responsabilidade dos fiscais pelas alterações de serviços e de quantitativos que deram causa ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tanto que não lhes foi imputado débito algum.

21.3. Porém, como relatado no acórdão recorrido (peça 125, p. 5-6 e 28-29, com destaques acrescidos):

15.1.3. O problema teve início na 4ª Medição do contrato, ainda em 1999, quando começaram as alterações. (...)

15.1.6. (...) da 4ª à 32ª Medição Complementar, as obras foram executadas com alterações de serviços e quantitativos não formalizadas. Essas modificações foram oficializadas somente em 2003, pelo Termo de Aditamento 003/03, o qual acresceu o valor contratual a preços iniciais (data-base: junho 1999) de R\$ 78.143.106,71 para R\$ 97.678.861,30. Essa alteração representou um aumento de R\$ 19.535.754,59, alcançando o limite de 25%. (...)

15.1.7. Durante o interstício de tempo entre a 4ª medição e a formalização do termo aditivo [1999-2003], os engenheiros fiscais da obra atestaram serviços que não estavam previstos no Contrato (...).

15.1.8. (...) as modificações contratuais, (...) os sobrepreços e subpreços unitários e (...) o atesto de serviços não previstos em contrato, potencialmente ocasionaram um contrato final superfaturado (...)

(...)

16.2.7. (...) cabe ao fiscal da obra (...) conferir se os quantitativos de serviços indicados pela contratada como executados foram efetivamente realizados e se estão de acordo com a previsão contratual.

16.2.8. Desta forma, o trabalho do fiscal de obra não se restringe a atestar se os serviços foram efetivamente executados. (...)

16.2.9. (...) a irregularidade que se aponta não se refere ao atesto de serviços que não foram executados, mas pode ser considerada tão grave quanto, pois os fiscais atestaram quantitativos de serviços em dissonância com o contrato inicialmente firmado. Foram constatados quantitativos de execução de serviços superiores aos previstos no contrato, sem a devida formalização de aditivo.

(...)

16.2.11. (...) deveriam eles não atestar a execução, até que houvesse a formalização das alterações por meio de termo aditivo.

21.4. Ou seja, verifica-se objetivamente que os dois recorrentes, atuando como fiscais, entre 1999 e 2003, atestaram serviços que não estavam previstos, chancelando alterações contratuais informais, o que constitui, por si só, irregularidade grave, por descumprimento ao disposto na Lei de Licitações, **in verbis**:

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.

21.5. Além disso, é agravada, no caso, por ter sido causa mediata da ocorrência de superfaturamento no ajuste.

21.6. A propósito, o Acórdão 355/2007-Plenário aponta Alexandre como responsável pela 20ª e 21ª e Valdir, pela 22ª à 32ª medições (peça 10, p. 250, 16.7). Não procede, pois, a alegação dos recorrentes de terem 'herdado' as irregularidades da gestão anterior, pois tinham o dever de apontá-las, ao verificar as medições. Tampouco os socorre a alegação de terem, à época, 'enorme

quantidade de obras' sob seu encargo, pois isso não os eximia de fiscalizá-las com a devida diligência e de acordo com a lei.

21.7. Ainda que as alterações contratuais em questão tenham sido necessárias, isso é apenas uma circunstância acessória em relação ao fato de que não foram formalizadas, o que não absolve os recorrentes da irregularidade apontada.

21.8. Conforme observado acima, as auditorias do TCU 'possuem variados escopos e (...) a não identificação de indícios de irregularidade em uma delas não pressupõe a regularidade da gestão dos recursos públicos, (...) porque a identificação de uma irregularidade pode ocorrer em pontos que não haviam sido objeto de avaliação em trabalhos anteriores' (peça 125, p. 22, 15.9.2). Ademais, as deliberações do TCU, ainda que de mérito, em processos de fiscalização, não fazem coisa julgada. Por isso, o fato de não ter verificado irregularidades em fiscalizações levadas a cabo em 2001 e 2002 não impedia o Tribunal de identificá-las e puni-las posteriormente, como ocorrido.

21.9. Ante o exposto, não procedem as alegações apresentadas.

O desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de suspensões da obra pela Administração.

22. Alega a Construtora OAS S.A. (peça 260) que:

a) também teve de suportar desequilíbrio econômico-financeiro decorrente das constantes paralisações e suspensões da obra por falta de recursos orçamentários.

b) a Administração suspendeu a obra por praticamente 17 meses, gerando custos indiretos para a contratada, principalmente com a manutenção da administração central.

c) isso constituiu fato da administração, que, a uma taxa média de administração central de 5%, acarretou um custo de R\$ 2.214.054,69 para a recorrente.

d) esse custo não foi recuperado, pois, na fase de retomada da obra, uma parcela de sua capacidade operacional deixou de atuar em outros empreendimentos para cumprir um contrato que já deveria ter-se encerrado.

22.1. Análise:

22.2. O paradigma nesta Corte de Contas para análise desta questão é o Acórdão 2622/2013-Plenário, proferido no TC 036.076/2011-2, em que se deliberou sobre estudo desenvolvido por grupo de trabalho constituído por membros de várias unidades técnicas especializadas deste Tribunal, objetivando efetuar a análise pormenorizada dos parâmetros adotados para definição de valores de referência para as taxas de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI das obras públicas.

22.3. Naquela deliberação, se define que:

(...) os gastos associados à administração central concentram-se: (i) nas atividades de supervisão geral, incluindo planejamento, consultoria, controle de qualidade e suporte aos contratos de construção, como os setores de engenharia e arquitetura, logística, compras, dentre outros, servindo de apoio à execução de diversas obras, visto que não podem ser facilmente identificados a qualquer contrato de obra específico; e (ii) nos serviços necessários à manutenção e ao funcionamento da estrutura administrativa da empresa, que atendem a vários setores e áreas comuns, como: vigilância, segurança, contas telefônicas, conservação, limpeza de edifícios etc.

22.4. É razoável, em princípio, o pleito da recorrente, como bem expresso no seguinte excerto (com destaques acrescidos):

Aldo Dórea Mattos, no livro 'Como preparar orçamentos de obras: dicas para orçamentistas, estudos de casos, exemplos', explica que a administração central consiste

'na estrutura necessária para execução das atividades de direção geral da empresa, incluindo as áreas administrativa, financeira, contábil, técnica, de suprimentos etc.'. O aludido autor expõe, ainda, que o escritório central, por ser um gerador de despesas, tem de ser custeado pelas obras, mediante a inclusão, no orçamento, de uma provisão de recursos proporcional ao porte de cada contrato.

(...)

De acordo com Aldo Dórea Mattos, 'para avaliar qual a taxa de administração central a ser praticada, o orçamentista deve elaborar o orçamento anual da administração central e estimar percentualmente a representatividade desse custo em relação ao custo total das obras durante o ano. O percentual obtido será aquele utilizado pelo orçamentista para majorar o custo da obra, a fim de incluir a taxa de administração central'.

Nesse cálculo, o prazo de execução da obra é uma variável importante para o devido custeio da administração central, logo, a extensão do prazo original do contrato afetará diretamente esse custo. A equação envolvida é bastante clara. Durante a execução contratual, a administração central estará com uma equipe mobilizada para apoiar uma determinada obra, gerando os mais variados custos e despesas, cuja remuneração será obtida no próprio contrato ao qual está vinculada.

Se o prazo contratual se estende, a remuneração inicialmente calculada não refletirá mais o custo daquela equipe, a qual irá permanecer por mais tempo vinculada àquele contrato, impedindo-a de direcionar seus esforços para outras atividades rentáveis.

É de bom alvitre, desde já, alertar que eventuais argumentos no sentido de que a equipe pode procurar outro contrato para recompensar a perda oriunda da extensão do prazo contratual não resistem à análise empresarial mais simples.

Basta ter em conta que o novo contrato a ser amparado por essa equipe terá que contemplar uma remuneração da administração contratual maior do que a usual, para fazer jus às eventuais perdas no contrato atrasado, tornando o preço pouco competitivo.

Em segundo lugar, não se pode deixar de levar em consideração que o construtor não tem como prever por quanto tempo o prazo contratual se estenderá, inviabilizando a alocação desse custo para um novo contrato. Por fim, é preciso considerar que a utilização da equipe em outro contrato o impedirá de retomar suas atividades no contrato primitivo quando cessada a causa de sua paralisação.

Parece claro e lógico, portanto, que os custos da administração central não podem ser remunerados a não ser pelo próprio contrato ao qual está vinculado, mediante o reequilíbrio econômico financeiro do contrato.

O Tribunal de Contas da União já teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto no Processo 006.536/2008-3. Naquela oportunidade, reconheceu a legitimidade de se acrescer ao valor contratual a parcela relativa à administração central caso o atraso na conclusão do objeto contratual seja imputável à administração pública.

(Como custear Administração Central quando a obra atrasa. Rafael Marinangelo. Revista Infraestrutura Urbana. Julho/2013. Disponível em <http://infraestruturaurbana17.pini.com.br/solucoes-tecnicas/28/custeio-da-administracao-central-por-atraso-na-obra-por-291150-1.aspx>, consultado em 15/5/2018).

22.5. Com efeito, no Acórdão 692/2010, da relatoria do Min. Augusto Nardes, o Plenário deste Tribunal proferiu a seguinte deliberação (com destaques acrescidos):

RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. FISCOBRAS 2008. OBRAS DE DESENVOLVIMENTO DOS SISTEMAS DE PRODUÇÃO DE ÓLEO E GÁS NATURAL DA BACIA DE SANTOS (PÓLO DE MEXILHÃO). (...) LEGITIMIDADE DE TERMO ADITIVO QUE CONTEMPLA INDENIZAÇÃO FINANCEIRA AO CONTRATADO POR ATRASO NO CRONOGRAMA FÍSICO DO EMPREENDIMENTO. CIRCUNSTÂNCIA ATRIBUÍDA EXCLUSIVAMENTE À PETROBRAS. DIREITO DO PARTICULAR DE REQUERER A DEVIDA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA A TÍTULO DE ADMINISTRAÇÃO CENTRAL. ARQUIVAMENTO. CIÊNCIA AO CONGRESSO NACIONAL.

1. Mostra-se em consonância com a lógica empresarial que a parcela de administração central integrante da taxa de Bonificação de Despesas Indiretas - BDI seja calculada não somente pelo valor do contrato e porte da empresa - este diretamente relacionado ao volume de despesas indiretas fixas -, mas também em função do prazo de execução do objeto.

2. É legítimo ao contratado pleitear compensação financeira a título de administração central, quando comprovada a ocorrência de atraso na execução do contrato que possa ser atribuído exclusivamente à Administração; imprescindível, ainda, que desse atraso resulte prejuízo concreto ao particular, impedindo-o de perceber, durante o período de inatividade, a devida contraprestação financeira em face da impossibilidade de vir a executar o objeto na forma avençada e, ao mesmo tempo, de aproveitar aquela fração da administração central em outro empreendimento.

22.6. A recorrente apresentou ofícios da secretaria municipal de obras (peça 260, p. 15-17): 1) prorrogando paralisação determinada em 28/11/2000 por 180 dias, em 23/2/2001; 2) determinando a paralisação dos serviços por tempo indeterminado, a partir de 1/4/2003; 3) determinando a paralisação dos serviços por tempo indeterminado, a partir de 5/5/2003.

22.7. Ressalta, outrossim, que nenhuma medição foi apresentada entre 25/6/2003 (32º) e 16/7/2004 (33º) (cf. peça 10, p. 217).

22.8. A partir dessas evidências, conclui que a obra ficou paralisada por cerca de 17 meses: 1) entre 28/11/2000 e 29/3/2001 (cerca de 4 meses); 2) entre 1/4/2003 e 10/5/2004 (cerca de 13 meses).

22.9. Estima o faturamento mensal da obra em R\$ 2.604.770,22, correspondentes ao valor global em junho de 1999, de R\$ 78.143.106,71, dividido por 30, que corresponde à conversão em meses do prazo de execução previsto no contrato, de 900 dias (Cláusula 10ª, peça 1, p. 116). Após estimar a administração central em 5%, conclui que lhe seriam devidos 17 meses x 5% x R\$ 2.604.770,22 = R\$ 2.214.054,69, a título de reequilíbrio econômico-financeiro.

22.10. Não há nenhuma dúvida de que as paralisações apontadas ocorreram por culpa exclusiva da Administração, notadamente, em razão de dificuldades orçamentárias, como ela própria reconhece nos ofícios dirigidos à empresa recorrente.

22.11. Contudo, a recorrente não demonstra o cumprimento do requisito exigido no acórdão acima transcrito, de comprovação da impossibilidade de aproveitamento da fração da administração central alocada à obra em questão em outro empreendimento, durante as paralisações alegadas. Mas, como se observa no paradigmático Acórdão 2622/2013-Plenário, 'gastos com administração central são aqueles que não podem ser apurados pelo critério de imputação direta e que não participam de forma clara e objetiva na execução de uma obra em particular (...). No entanto, a determinação de qual parcela desses gastos da empresa contribuiu com esta ou aquela obra é, por si só, um grande problema na determinação dos gastos das obras.'

22.12. *Mostra-se mais razoável, então, verificar se existe prova de que havia possibilidade de aproveitamento, em vez do contrário. Como não há nada nos autos nesse sentido, recomenda-se relevar essa objeção.*

22.13. *Ademais, a realocação de recursos para outro contrato era muito dificultada, se não inviabilizada, pelo fato de que, como demonstrado pela recorrente, as paralisações da obra mais extensas foram adotadas por tempo indeterminado.*

22.14. *No entanto, há alguns reparos a fazer à argumentação da recorrente. Não foi comprovado que as retomadas das obras se deram em 29/3/2001 e 10/5/2004, como alegado. Podem ter ocorrido antes, por exemplo. Assim, paira incerteza sobre se a execução contratual ficou realmente paralisada por 17 meses, como alegado.*

22.15. *Note-se, igualmente, que, na própria Cláusula 10ª (peça 1, p. 116), o contrato permitia a prorrogação do prazo de execução, nos termos do art. 57, I, da Lei 8.666/1993. A recorrente não esclarece se houve prorrogação, ou seja, se, a par dos períodos de paralisação, não teria havido também mais meses de execução que os inicialmente previstos, o que diminuiria o valor do faturamento mensal.*

22.16. *Deve-se ponderar, também, que, no referido Acórdão 2622/2013-Plenário, por meio da análise estatística de dados amostrais, foram definidas três faixas aceitáveis de percentuais dos diversos componentes do BDI, entre os quais a Administração Central, sendo uma mínima, uma média e uma máxima. Naquela oportunidade, o grupo de estudos destacou que, embora se pudesse fugir a esses valores, essa opção deveria ser devidamente justificada pelos gestores e que 'não se deve perder de vista que o parâmetro mais importante de todos é o valor médio do BDI. Ele é o parâmetro que deve ser buscado pelo gestor, pois representa a medida estatística mais concreta obtida. A faixa apenas amplia e dá uma dimensão da variação do BDI, mas é a média o valor que de fato representa o mercado, devendo servir como referência principal a ser buscada nas contratações públicas'. Assim, fixaram-se os percentuais de 3,85%, 4,01% e 4,17% para a 'construção de rodovias e ferrovias'.*

22.17. *Destarte, como a recorrente não fez qualquer ponderação sobre peculiaridades que afetassem seu custo de administração local, entende-se que o mais adequado seja o percentual médio indicado pelo estudo, ou seja, 4,01% e não os 5,00% propostos na peça recursal.*

22.18. *Ante o exposto, verifica-se que o crédito pretendido pela recorrente não pode ser cobrado, nesta oportunidade, por ser ilíquido, haja vista as incertezas que pairam sobre seu valor.*

22.19. *Mas esse ainda não é o principal óbice ao pleito da recorrente. Como se observa, o que se alega é um crédito à conta de recursos federais. Como tal, sua exigibilidade submete-se às regras de prescrição das dívidas passivas da União. Ora, segundo dispõe o Decreto 20.910/1932:*

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

(...)

Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.

Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.

Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.

22.20. *Como visto, a liquidação dos créditos requeridos era mensal. Assim, seus vencimentos, ainda que se aceitem os prazos de suspensão das obras alegados pela recorrente, estenderam-se, aproximadamente, de dezembro de 2000 a março de 2001 e de abril de 2003 a abril de 2004. Portanto, os termos iniciais da prescrição da primeira e da última parcela mensal pretensamente devidas pela União tiveram lugar em dezembro de 2000 e abril de 2004.*

22.21. *A recorrente apresentou o argumento ora examinado pela primeira vez na petição inicial do presente recurso, datada de 12/12/2016 e juntada aos autos em 13/12/2016 (peça 260), isto é, cerca de 11 a 16 anos depois dos fatos geradores dos créditos alegados. É inequívoca, pois, a prescrição da pretensão da recorrente de reequilíbrio econômico-financeiro contratual em razão das paralisações da obra.*

22.22. *Pelo exposto acima, propõe-se a rejeição das alegações da recorrente analisadas neste tópico.*

As alterações indevidas de projetos e especificações, de maneira informal.

22.23. *Alegam Nelson Rodrigues Pandeló (peças 262 e 275), Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peças 263 e 272) e Artur Pereira Cunha (peças 264 e 273) que:*

a) *não só não houve dolo, como agiram com boa-fé, ao encaminhar ao então secretário a celebração de termo aditivo que formalizou as alterações contratuais necessárias.*

22.24. *Análise:*

22.25. *Não só a celebração de termo aditivo foi tardia, tendo levado anos para ser efetivada (pois era devida desde 1999), como não foi acompanhada de medidas para a correção do desequilíbrio econômico-financeiro contratual a que as referidas alterações quantitativas deram causa. Medidas que estavam ao alcance dos recorrentes, por ocuparem, respectivamente, as funções de diretores e secretário de obras do município. Por isso, considera-se, no acórdão recorrido, que tal medida, longe de atenuar, agravou sua situação. Com efeito, a formalização das alterações conferiu a estas, aparência de legitimidade que, na verdade, não possuíam, devido a suas consequências danosas.*

22.26. *A prática de ato que, de um modo ou de outro, colaborou para a ocultação de grave irregularidade, por óbvio, não pode ser considerada como imbuída de boa-fé.*

22.27. *Por esses motivos, deve-se rejeitar a alegação formulada.*

O princípio da aptidão para prova e o ônus da prova em processos de auditoria.

23. *Alega Sueli Vieira da Costa (peça 198) que:*

a) *o ônus da prova deve ser distribuído de forma dinâmica. Pode haver inversão quando a prova de determinado fato for impossível para a parte encarregada de produzi-la (CPC, art. 373, § 1º).*

b) *conforme o princípio da aptidão para a prova, decorrente do princípio do devido processo legal, se a prova é muito mais difícil para uma parte do que para a outra, o ônus da prova deve ser imputado a esta última.*

c) *por não mais ocupar o cargo de secretária de obras, não possui a faculdade de apresentar documentos ou quaisquer outras provas.*

d) não se pode exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos ('provas diabólicas').

e) em processos de auditoria, o ônus da prova de irregularidades cabe ao TCU, na linha da sua jurisprudência. Isso porque se aplicam ao caso em questão os princípios do processo penal segundo os quais não cabe ao acusado comprovar sua inocência.

f) portanto, é do TCU o ônus da prova quanto à rejeição da assertiva da recorrente de que, ao tempo em que foi secretária de obras, a pessoa responsável por fiscalizar, gerir e realizar a execução da obra em questão era o secretário adjunto Carlos Eduardo Corcini.

23.1. Análise:

23.2. Note-se que os argumentos da recorrente, em suas razões de justificativa foram, mais precisamente, de que (peça 31, p. 44 e 47, com destaques acrescidos):

39. Ao tempo em que fora Secretária de Obras do Município de Guarulhos, a pessoa responsável por fiscalizar, gerir e realizar todos os atos necessários para a execução da obra em questão, era o senhor Carlos Eduardo Corcini, secretário adjunto da senhora Sueli Vieira. Assim, eventuais alterações de serviços e de quantitativos ficavam ao seu encargo, sob a sua responsabilidade.

(...)

47. Conclui-se, destarte, que a senhora Sueli Vieira não foi a responsável por qualquer alteração do contrato, e mesmo que fosse tais alterações foram inquestionavelmente necessárias, bem como remuneradas nos termos do contrato administrativo vigente.

23.3. Ou seja, o que a recorrente tenta atribuir a seu secretário adjunto é a responsabilidade pelas 'alterações de serviços e de quantitativos' do contrato em questão, não pela falta de obtenção das licenças ambientais pertinentes para dar início e/ou prosseguimento à execução da obra, que foi a única irregularidade que motivou a multa que lhe foi aplicada.

23.4. Dessa forma, é absolutamente indiferente para o deslinde do processo a definição sobre se é do Tribunal ou da recorrente o ônus da prova da responsabilidade do secretário adjunto pelas alterações de serviços contratados e de suas quantidades. Por isso, dispensa-se qualquer consideração a esse respeito.

A reiteração de alegações anteriormente apresentadas nestes autos.

24. Além das alegações analisadas acima, Valdir Antonucci Minto (peças 261 e 271), Alexandre Lobo de Almeida (peças 265 e 274), Nelson Rodrigues Pandeló (peças 262 e 275), Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peças 263 e 272) e Artur Pereira Cunha (peças 264 e 273) reiteram todas as alegações deduzidas nas razões de justificativa e demais requerimentos formulados anteriormente nos presentes autos.

24.1. Análise:

24.2. Reiteram-se, nesta instrução, os argumentos e as conclusões da instrução da Secex/SP da peça 14, p. 37-59, e das instruções da Secob-3 das peças 14, p. 73-86, 15, p. 16-52, e 16, p. 1-59, que, em essência, rejeitaram as razões de justificativa e demais requerimentos formulados anteriormente nos presentes autos pelos requerentes, servindo como fundamento para as deliberações, nesse mesmo sentido, tomadas pelo acórdão recorrido.

Questão acessória. Pedido de vista dos autos.

25. Entre os requerimentos da Construtora OAS Ltda., em sua peça recursal, se encontra o de que lhe seja concedida vista dos autos por cinco dias, logo que terminada a instrução desta unidade técnica, a fim de que tenha ciência do que foi opinado (peça 260, p. 25).

26. Segundo dispõe o Regimento Interno deste Tribunal:

Art. 163. As partes poderão pedir vista ou cópia de peça do processo, mediante solicitação dirigida ao relator, segundo os procedimentos previstos neste capítulo.

(...)

Art. 164. O relator, mediante portaria, poderá delegar competência aos titulares das unidades técnicas e ao chefe de seu gabinete, bem como aos dos membros do Ministério Público, para autorização de pedido de vista e de fornecimento de cópia de processo.

(...)

Art. 167. Não será concedida vista ou fornecida cópia de peças da etapa de instrução antes do seu término, observado o disposto no § 2º do art. 160.

(...)

Art. 160. (...)

§ 2º Considera-se terminada a etapa de instrução do processo no momento em que o titular da unidade técnica emitir seu parecer conclusivo, sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 157.

(...)

Art. 157. (...)

§ 3º O titular de unidade técnica poderá delegar competência, de forma irrestrita ou não, aos diretores de divisão, para encaminhamento dos autos após instrução e parecer.

27. Ora, o Exmo. Ministro Relator dos presentes recursos, Augusto Nardes, não delegou competência a nenhum dos dirigentes desta Secretaria de Recursos para a autorização de pedidos de vista. Por esse motivo, propõe-se ao sr. Secretário de Recursos que, em seu parecer conclusivo, encaminhe à apreciação de sua Ex.^a o pedido de vista formulado pela recorrente.

CONCLUSÃO

28. Das análises anteriores, conclui-se que os argumentos apresentados em preliminar e no mérito pelos recorrentes são insuficientes para ensejar qualquer reforma no acórdão recorrido.

29. Com base nessas conclusões, propõe-se o conhecimento dos recursos interpostos para que lhes seja denegado provimento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

30. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Kimei Kuniyoshi, Douglas Leandrini, Sueli Vieira da Costa, Construtora OAS S.A., Valdir Antonucci Minto, Alexandre Lobo de Almeida, Nelson Rodrigues Pandeló, Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Artur Pereira Cunha, contra o Acórdão 1721/2016-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285, **caput** e § 1º, do RI/TCU:

a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) conhecer das novas justificativas apresentadas por Jovino Cândido da Silva (peça 230) como mero expediente;

c) dar conhecimento aos recorrentes e aos demais interessados da decisão que vier a ser prolatada.

31. Adicionalmente, propõe-se ao sr. Secretário de Recursos que encaminhe à apreciação do Exmo. Ministro Relator o pedido de vista dos autos formulado pela Construtora OAS Ltda.

2. O representante do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), anuiu à proposta da Serur, nos termos reproduzidos a seguir:

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Kimei Kuniyoshi, Douglas Leandrini, Valdir Antonucci Minto, Alexandre Lobo de Almeida, Nelson Rodrigues Pandeló, Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Artur Pereira Cunha, pela Sra. Sueli Vieira da Costa e pela Construtora OAS S.A. contra o Acórdão 1.721/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler (peça 121).

2. Por intermédio do acórdão recorrido, os Srs. Kimei Kuniyoshi, Douglas Leandrini, Nelson Rodrigues Pandeló, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Artur Pereira Cunha e a Construtora OAS S.A. tiveram suas contas julgadas irregulares, foram condenados em débito e apenados com multa. Aos Srs. Valdir Antonucci Minto e Alexandre Lobo de Almeida, assim como à Sra. Sueli Vieira da Costa, foi aplicada somente a sanção de multa.

3. Este processo tratou originalmente de Tomada de Contas Especial (TCE) decorrente da conversão de processo de auditoria realizada nas obras do Complexo Viário do Rio Baquirivu, em Guarulhos – SP (Contrato 39/1999), as quais foram parcialmente custeadas com recursos federais repassados pelo Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano e pelo Ministério da Integração Nacional, por intermédio de vários convênios e contratos de repasses celebrados entre os anos de 1998 e 2002.

4. A conversão do processo de auditoria nesta TCE foi motivada pela constatação de possível prejuízo aos cofres da União, derivado da ocorrência de diversas irregularidades, entre as quais se destaca o superfaturamento identificado no Contrato 39/1999.

5. De acordo com a Secretaria de Recursos (Serur), o objeto do presente recurso consiste em examinar:

a) em preliminar:

a.1) o prazo prescricional da pretensão punitiva;

a.2) o prazo prescricional da pretensão ressarcitória;

b) a observância do devido processo legal;

c) a incidência de coisa julgada administrativa;

d) os débitos decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 39/1999;

e) a responsabilidade dos secretários, diretores e fiscais da contratante;

f) a responsabilidade dos engenheiros de campo da contratante;

g) o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de suspensões da obra pela Administração;

h) as alterações indevidas de projetos e especificações, de maneira informal;

i) o princípio da aptidão para prova e o ônus da prova em processos de auditoria; e

j) a reiteração de alegações anteriormente apresentadas nestes autos.

6. Após minudente exame dos elementos constantes dos recursos interpostos, a Serur propôs, em pronunciamentos concordantes, conhecer do recurso para, no mérito, negar-lhes provimento.

7. Com efeito, as questões preliminares suscitadas pelos recorrentes não devem ser acolhidas. Com base na jurisprudência predominante, o prazo prescricional da pretensão punitiva do 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.

8. Igualmente pacífica é a concepção desta Corte de Contas em relação à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, a qual se fundamenta no art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988 e encontra-se, inclusive, incorporada à Súmula TCU 282, nos seguintes termos: “as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

9. Quanto à alegada incidência de coisa julgada administrativa, em razão de este Tribunal já ter se manifestado, anteriormente, pela regularidade do procedimento licitatório e das obras analisadas neste processo, cumpre esclarecer que a afirmação, pelo TCU, de não ter identificado irregularidades em uma ação fiscalizatória não representa um atesto da regularidade da gestão dos recursos fiscalizados. Isso porque, de acordo com a jurisprudência colacionada pela unidade técnica, os trabalhos realizados pelo TCU possuem propósitos específicos e, dessa forma, podem existir irregularidades em pontos que não tenham integrado o escopo do exame perpetrado em uma determinada fiscalização.

10. No que diz respeito às alegações relativas aos débitos apurados nesta TCE, cumpre rememorar que o prejuízo apurado decorreu de superfaturamento ocasionado pelo desequilíbrio econômico financeiro do Contrato 39/1999. Sobre a matéria, transcrevo a seguir trecho do voto condutor do acórdão recorrido, no qual o relator, Ministro Benjamin Zymler, manifestou-se ‘de acordo com a detalhada análise efetivada pela SecobEnerg quanto à ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro da avença’ (peça 124, p. 4):

16. Conforme apontado pelas unidades técnicas que atuaram no processo, foram elevados 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”. (peça 124, p. 3, grifamos)

11. Como se pode notar, o prejuízo apurado devido ao desequilíbrio econômico-financeiro ocorrido após as alterações promovidas no Contrato 39/1999 já foi exaustivamente discutido nestes autos. A despeito disso, conforme bem sinalizou a unidade instrutiva, em regra, os recorrentes limitaram-se a repetir argumentos que já constaram de suas defesas anteriores.

12. Em relação à responsabilização de secretários, diretores, fiscais e engenheiros da contratante, novamente os recorrentes fundamentaram seus argumentos em pareceres já existentes nos autos, os quais também já foram amplamente examinados na ocasião da apreciação de mérito desta TCE e, assim, são insuficientes para ensejar qualquer reforma no acórdão recorrido.

13. Por fim, no que diz respeito aos demais elementos recursais apresentados, acompanho o entendimento manifestado pela unidade instrutiva, no sentido de sua improcedência.

14. Portanto, por considerar adequada a análise empreendida pela Serur e tendo em vista que os recursos apresentados não lograram elidir as irregularidades atribuídas aos recorrentes, este membro do Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento alvitrada pela unidade técnica.”



É o relatório.