

GRUPO II – 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: Embargos de declaração em Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Órgãos/Entidades: Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano (extinta).

Embargantes: Douglas Leandrini (853.070.928-49); Kimei Kuniyoshi (039.128.688-91); e Sueli Vieira da Costa (876.086.938-00).

Interessado: Congresso Nacional (vinculador).

Representação legal: Gustavo Marinho de Carvalho (OAB/SP 246.900) e Rafael Ramires Araujo Valim (OAB/SP 248.606).

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. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Tomada de Contas Especial (TCE), decorrente de relatório de auditoria que objetivava verificar a correção da execução das obras do Complexo Viário do Rio Baquirivu, no Município de Guarulhos/SP, objeto do Contrato nº 39/1999, firmado entre a Prefeitura Municipal de Guarulhos e a Construtora OAS Ltda.

2. Na presente fase processual, examinam-se embargos de declaração interpostos por Douglas Leandrini, Kimei Kuniyoshi e Sueli Vieira da Costa, em face do Acórdão 2.559/2019-TCU-Plenário, por meio do qual este Tribunal negou provimento aos Recursos de Reconsideração interpostos pelos ora embargantes contra o Acórdão 1.721/2016-TCU-Plenário, de relatoria do eminente ministro Benjamin Zymler.

3. Em seus argumentos, os embargantes alegam omissão deste Tribunal, nos seguintes termos:

10. Após as breves considerações referentes aos efeitos modificativos (infringentes) destes Embargos de Declaração, vejamos cronologicamente a ocorrência dos fatos que ensejaram sua oposição.

11. A presente Tomada de Contas Especial (TCE), instaurada por determinação do Ministro Augusto Nardes (fls. 1905/1934), decorreu do relatório de auditoria que objetivava verificar a correção da execução das obras do Complexo Viário do Rio Baquirivu, no Município de

Guarulhos, Estado de São Paulo, fundada no Contrato nº 39/1999, firmado entre a Prefeitura Municipal de Guarulhos e a Construtora OAS Ltda.

12. Anote-se que a obra supramencionada teve por objetivo beneficiar os usuários do Aeroporto Internacional de Guarulhos e também os munícipes do mesmo município, na medida em que proporcionou a interligação entre o complexo aeroportuário e o Hospital Geral de Guarulhos, além de criar novos acessos a diversos bairros e melhorar as condições de drenagem das águas do Rio Baquirivu.

13. A obra em comento, como se sabe, já foi entregue e os benefícios que ela trouxe à região são gozados por milhares de pessoas.

14. Ocorre, porém, que as unidades de fiscalização deste E. Tribunal de Contas, ao fiscalizarem a contratação em comento, bem como a sua execução, apontaram situações que supostamente configurariam atos irregulares.

15. As acusações que pairam contra os embargantes na presente Tomada de Contas Especial, de acordo com o acórdão nº 355/2007, limitam-se aos serviços de transportes, mais especificamente ao mencionado item 01.04 da planilha. Eis o trecho que indica os limites da presente TCE:

‘(...) No presente processo, a própria Secex/SP registra que o débito proveniente do acréscimo do quantitativo do item 01.04 da planilha (Remoção de terra além do 1º km até a distância média de ida e volta de 20km), cujo preço estabelecido no contrato estaria apresentando sobrepreço em relação ao mercado de cerca de 85%, representou perto de 72% do débito total apurado inicialmente no processo. Todos os demais itens responderiam pelo restante. No caso do item mencionado, as evidências de manipulação indevida da planilha estão razoavelmente patenteadas no processo, mesmo após a oitiva inicial dos responsáveis, justificando a transformação dos autos em tomada de contas especial. Porém, é imperioso reconhecer que o mesmo não se pode dizer em relação aos outros itens, que estão a contribuir para o débito final, às vezes com valores relativamente pequenos, sem maiores indicações de conduta ilegal.’

16. Tal entendimento foi novamente exarado no v. Acórdão 1721/2016-Plenário, sob relatoria do Min. Benjamin Zymler, proferido em 06.07.2016.

17. Contra o v. acórdão foram interpostos recursos de reconsideração por Kimei Kuniyoshi (peça 196), Douglas Leandrini (peça 197), Sueli Vieira da Costa (peça 198), alegando, em breve síntese: (i) prescrição da pretensão punitiva; (ii) prescrição da pretensão ressarcitória; (iii) violação ao princípio do devido processo legal; (iv) violação à coisa julgada administrativa; e (v) inexistência de qualquer resquício de ilicitude na conduta dos embargantes. No entanto, este E. Tribunal de Contas negou provimento aos recursos.

18. Ocorre que, ao apreciar a questão da prescrição da pretensão ressarcitória do Estado, este E. Tribunal de Contas incorreu em omissão, uma vez que cita o Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) que se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, e ignora recente precedente que versa justamente sobre tema: o Recurso Extraordinário 852.475/SP.

19. Passemos a analisar com maior profundidade a omissão apontada. Antes, porém, vale registrar um importante aspecto superveniente à prolação da decisão embargada: a existência de manifestação judicial sobre o mérito da presente tomada de contas especial.

III.

PRELIMINARMENTE: DECISÃO JUDICIAL SUPERVENIENTE

20. Conforme já exposto, especificamente quanto aos ora embargantes entendeu a d. unidade técnica que deveriam ter zelado pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, quando identificada a necessidade de alteração dos quantitativos, mais especificamente àquele constante no item 01.04. É que segundo a d. secretaria, o preço indicado pela Construtora OAS Ltda. para este item específico, destoava consideravelmente do valor praticado pelo mercado. E ao não combater o valor deste item em especial, teriam agido irregularmente, o que permitiria a sua responsabilização civil. Teriam sido, em suma, coniventes ao suposto 'jogo de planilha' perpetrado pela Construtora OAS Ltda.

21. Sucede, contudo, que, em Ação de Improbidade Administrativa ordenada sob o nº 0007397-47.2012.403.6119, instaurada em decorrência de apuração feita por este E. Tribunal de Contas da União nos autos da tomada de contas em epígrafe (TC-011.101/2003-6), foi proferida sentença que julgou improcedentes os pedidos do órgão ministerial, uma vez que não há provas da prática de atos de improbidade administrativa pelos réus. (doc. 01). Aliás, o próprio Ministério Público Federal requereu a absolvição dos embargantes.

22. Ora, é sabido que há sobreposição da decisão judicial de mérito em relação às irregularidades que se identificam, apontadas nos autos da presente tomada de contas especial, ainda mais quando concernem a atos de improbidade administrativa. Neste sentido, é o REsp 1032732/CE, sob relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 25.08.2015, publicado no DJe em 08.09.2015.

23. Além disso, no caso em questão, houve violação ao princípio do devido processo legal, conforme exposto nas razões recursais, ao passo que, nos autos da Ação de Improbidade Administrativa, além de longa e detalhada instrução processual com a produção de prova documental e pericial, foram ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa e colhidos depoimentos pessoais dos réus (doc. 01 – fls. 25 e ss.).

24. Como se vê, a r. sentença afasta, ponto a ponto, todas as irregularidades elencadas por este E. Tribunal de Contas e, especificamente quanto à suposta modificação dos quantitativos de serviços durante a execução do contrato, restou consignado que a execução de serviços não previstos inicialmente, e a modificação de quantitativos ocorreu para se adequar o projeto básico às intercorrências surgidas ao longo da obra, sendo estas imprevisíveis (doc. 01 – fls. 45/49):

'In casu, os documentos acostados, e as testemunhas e os réus ouvidos, além da perícia técnica realizada, demonstraram que não obstante tenha havido um projeto básico, o seu nível de detalhamento foi precário e não suficiente para atender às exigências surgidas ao longo da execução da obra. No projeto básico foram feitas poucas sondagens, e os contratantes não puderam, quando das visitas iniciais à obra, efetuar suas próprias perfurações.

Também não constou no projeto básico as características do entorno da obra, tais como a localização das jazidas e bota-foras, ou a presença da favela próxima à obra.

(...) O que ficou nítido ao longo da instrução processual, em especial, ao se analisar o laudo pericial e a oitiva das testemunhas e réus, é que somente com as sondagens realizadas quando do projeto executivo é que se foi possível aferir o perfil geológico do local em sua totalidade, e as repercussões na obra a ser executada.

A perícia judicial, no mesmo sentido, não identificou os relatórios de sondagens ou, ainda, elementos capazes de atestar que as modificações ocorridas teriam sido irregulares.

Ao contrário, a perícia judicial indicou que houve a necessidade de remoção e substituição de solo mole (laudo de mídia de fl. 6672).'

25. Também se ressaltou na r. sentença a inexistência de sobrepreço e superfaturamento na execução da obra e que não foi demonstrada a prática de 'jogo de planilhas', inclusive quanto aos itens 01.03 e 01.04 (doc. 01 – fls. 51/57):

'Por fim, entendo que também não está presente a alegada ocorrência de sobrepreço e superfaturamento, com aceitação de preços unitários excessivos ou inexecutáveis pela comissão de licitação, não estando demonstrado, de modo inconteste, a prática de 'jogo de planilhas'.

(...) Em primeiro lugar, há de se constatar, como dito no tópico anterior, que apesar de ter sido apresentado projeto básico no procedimento licitatório em discussão neste feito, ele não foi suficiente, nem pleno, em relação à obra a ser executada, como apontado pela própria perícia judicial (mídia de fl. 6672): (...)

No que se refere à caracterização do 'jogo de planilhas', deve ser provado que ao longo da fase licitatória houve a apresentação de orçamento conscientemente destinado à tal prática, antecipando que, no momento da execução da obra, seriam necessários aumentos nos quantitativos dos itens com custo unitário acima de mercado. Ademais, há de se demonstrar que o licitante já havia antevisto a possibilidade de ocorrência de circunstâncias táticas aptas a ensejar o aditamento quando da execução do contrato.

O cerne da tese sustentada pela parte autora acerca da ocorrência do 'jogo de planilhas' pauta-se, notadamente, na variação de preços entre os 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 do quadro comparativo de preços (tI. 663 do Anexo I - volume 3), observa-se que, de fato, a CONSTRUTORA OAS S/A ofereceu valor inferior ao preço orçado e ao montante ofertado pelos demais concorrentes quanto ao item 01.03, e apresentou valor superior no que tange ao item 01.04. Na inicial consta que apesar de serem serviços da mesma natureza, o item 01.03, que tinha preço inferior ao de mercado, sofreu relevante supressão em seu quantitativo, enquanto que o item 01.04, que apresentava sobrepreço, sofreu aditamento no quantitativo, como constou no termo aditivo 03/2003 (fls. 1075/1 080 do Anexo I -volume 5).

Contudo, há de se reconhecer que não houve qualquer comprovação pela parte autora no sentido de que os valores ofertados pela CONSTRUTORA OAS S/A quanto aos itens 01.03 e 01.04 estivessem, efetivamente, aquém ou além dos valores de mercado, nem que fossem irrisórios ou inexecutáveis. Outro ponto que deve ser considerado é o fato de que os preços usados como parâmetro foram estimados pela Prefeitura de Guarulhos, não refletindo, necessariamente, os preços de mercado. Ao longo da instrução processual não foi provado, de forma segura e incontestável, que os valores pré-orçados pela Prefeitura estariam em consonância com o preço praticado no mercado.

Em verdade, ao se observar o quadro de fl. 663 do Anexo I - volume 3, no qual são listados os preços ofertados pelos licitantes, para os mais diversos itens, é possível aferir uma quantidade significativa de distorções entre os valores propostos pelos concorrentes, e também frente aos valores pré-orçados pela Administração Pública.

Ou seja, não apenas a CONSTRUTORA OAS S/A ofereceu valores díspares aos propostos pelo Município de Guarulhos, mas, também, os demais licitantes fizeram o mesmo para diversos outros itens, buscando-se, com isso, obter um melhor preço global, de acordo com suas vantagens competitivas, sendo natural a presença de itens com preços mais elevados e outros com valores menores ofertados por cada concorrente. Logo, não obstante tenham sido oferecidos valores superiores pela CONSTRUTORA OAS S/A quanto

aos itens 01.04, 02.01, 02.02, 02.03, outros, como os de número 01.01, 01.02, 01.03, por exemplo, foram de montantes inferiores, e assim por diante.

Até mesmo nos itens 01.03 e 01.04, objeto de maior discussão neste processo, não se pode falar em dissonância gritante com os valores ofertados pelos demais licitantes, como se observa no quadro comparativo de fl. 663 do Anexo I - volume 3.

Apesar de os itens 01.04 e 01.03 serem da mesma natureza – remoção de terra - não é possível se concluir que o item 01.04 teria que ser majorado de modo equivalente ao item 01.03, considerando apenas o aumento da distância em quilometragem (de 10km para 20km). Há variáveis como trânsito, trajeto percorrido, tipo de via, existência de comunidade no local que seria desapropriada, presença de semáforos e lombadas, aclives e declives, restrição de velocidade regulamentada, distância percorrida com o caminhão carregado e descarregado, etc, que repercutem em variação de preço, não tendo sido provado, categoricamente, pela parte autora que essas condições não seriam capazes de interferir no preço do serviço. Eis as conclusões da perícia judicial (mídia de fl. 6672).

(...) Tendo por base o quadro comparativo dos preços da OAS com os orçados pela Administração e com a média dos preços dos licitantes (fl. 663 do Anexo I – volume 3), não é possível afirmar que a proposta da OAS continha preços unitários flagrantemente excessivos ou inexecutáveis. Isso porque, ao observar o referido quadro percebe-se que as demais licitantes também apresentavam distorções de preços frente àqueles orçados, demonstrando não haver um padrão específico e que possa ter sido usado de forma irregular para que a OAS lograsse êxito na licitação.

Conclui-se que as empresas aproveitaram de suas vantagens competitivas em cada tipo de serviço e material para formular as suas propostas, sendo, evidentemente, uma consequência direta da licitação por preço global. Ainda que se faça um controle rígido sobre a adequação de cada custo unitário aos valores de mercado, oscilações entre as propostas dos licitantes, e mesmo entre os valores orçados pela Administração, são previsíveis.'

26. Embora as acusações se limitem aos serviços de transportes, mais especificamente ao mencionado item 01.04 da planilha, anote-se que a decisão judicial afastou todas as irregularidades apontadas por esta E. Corte de Contas, inclusive quanto à suposta ausência de licenças ambientais (doc. 01 – fls. 41):

'Considerando, portanto, que os documentos ambientais necessários e exigidos pela Secretaria de Meio Ambiente de Guarulhos e pela Secretaria Estadual de Recursos Naturais foram emitidos, não constato descumprimento à legislação ambiental, razão pela qual se tem, na espécie, uma irregularidade formal, sanada administrativamente, que não caracteriza ato de improbidade administrativa.'

27. Registre-se ainda que a sentença conclui pela ausência de autoria, materialidade e do elemento subjetivo (dolo ou culpa) – doc. 01, fls. 58 e 62:

'Demais disso, não houve prova do dolo ou da culpa dos réus, elemento subjetivo necessário para a qualificação das condutas como improbas, para além de meras irregularidades. Não há nenhum elemento irrefutável nos autos que indique a má-fé, desonestidade, deslealdade ou conluio dos requeridos. Não obstante a não demonstração da materialidade seja suficiente, por si só, para a improcedência do pedido, observo que também não há provas acerca das autorias dos réus.

(...) Logo, conclui-se que não ficou demonstrada a prática de atos de improbidade administrativa pelos réus, seja no tocante à materialidade, seja quanto à autoria, seja no

que se refere ao elemento subjetivo, razão pela qual não merece guarida a pretensão inicial, sendo de rigor a improcedência dos pedidos.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS formulados pela parte autora, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, extinguindo o processo com resolução de mérito, em relação aos réus ARTUR PEREIRA CUNHA, DOUGLAS LEANDRINI, JORGE LUIZ CASTELO DE CARVALHO, JOVINO CÂNDIDO DA SILVA, ELÓI ALFREDO PIETÁ, KIMEI KUNYOSHI, VANIA MOURA RIBEIRO, IPOJUCAN FORTUNATO BITTENCOURT FERNANDES e CONSTRUTORA OAS S/A.’

28. Dessa forma, outra conclusão não se pode ter senão a de não restou demonstrada qualquer irregularidade na conduta dos embargantes, conforme inclusive restou consignado na r. sentença prolatada pelo Poder Judiciário.

29. Dito isso, verifiquemos a omissão presente no v. Acórdão nº 2559/2019 - TCU- Plenário.

IV. DA OMISSÃO DO V. ACÓRDÃO EMBARGADO QUANTO À PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA DO ESTADO

30. Conforme anteriormente mencionado, o v. Acórdão possui vício de omissão pois ao apreciar a questão da prescrição da pretensão ressarcitória do Estado, desconsiderou precedente do E. Supremo Tribunal Federal.

31. O E. Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a tese da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado, aplica-se quando demonstrado o dolo do agente infrator (‘São imprescritíveis ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa’ - Rext 852.475/SP). Ou seja, se não demonstrado e comprovado o dolo, a regra da imprescritibilidade não se aplica.

32. Não obstante a discordância teórica do subscritor desta petição quanto ao entendimento fixado pelo STF, pois, ao nosso ver, não há exceção à prescritibilidade ressarcitória do Estado, no caso em exame, não se demonstrou o dolo dos réus, o que faria incidir a tese da imprescritibilidade.

33. Ora, se não há nos autos a demonstração de qualquer prova de que os réus praticaram irregularidades dolosamente, deve-se verificar se a pretensão contida na presente demanda, está ou não prescrita. Para tanto, precisamos identificar qual o prazo prescricional incidente e qual o seu termo inicial.

34. Pois bem. Como não possuímos legislação específica sobre o prazo prescricional das ações de ressarcimento propostas pelo Poder Público, ante a disseminada interpretação favorável à imprescritibilidade, deve-se colmatar esta lacuna pelo método integrativo da analogia, cujo fundamento encontra-se na igualdade jurídica.

35. Assim, tendo-se em vista que o prazo prescricional para os administrados proporem ações de ressarcimento (responsabilidade patrimonial) contra a Administração Pública é de 05 (cinco) anos (art. 1º, Decreto 20.910/32), por analogia, o prazo prescricional para a propositura de ações judiciais de ressarcimento contra os administrados pelo Poder Público também deverá ser de 05 (cinco) anos.

36. Até a edição de lei específica sobre o assunto, este é o prazo a ser observado.

37. Desta forma, fácil perceber que houve a prescrição da pretensão ressarcitória, uma vez que a data da exoneração de todos os embargantes é anterior a 2001 e o ato que ordenou a citação dos embargantes para apresentar defesa quanto às irregularidades que lhes foram imputadas, ocorreu em março de 2007 (fls. 1935 e ss).

38. *Vê-se, portanto, que o v. acórdão ora combatido deve ser reformado, já que houve no caso em exame o transcurso do lapso temporal da pretensão ressarcitória.*

39. *Assim, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão ressarcitória no caso em questão.*

40. *Vê-se, portanto, a omissão apontada no v. Acórdão nº 2559/2019-TCU -Plenário, afeta, sobremaneira, a sua conclusão, devendo ser sanada por V. Exa.*

41. *Reitera-se, por fim, que é imperiosa a atribuição de efeitos modificativos aos presentes embargos, como decorrência inexorável do saneamento do vício apontado.*

4. Ao final, os recorrentes requerem que os presentes embargos de declaração sejam recebidos, suspendendo-se a contagem de prazo para a interposição de outros recursos e para o cumprimento do v. Acórdão embargado (art. 287, §3º, RITCU), e que lhes seja dado provimento a fim de suprir a omissão apontada e considerar a manifestação judicial superveniente.

É o relatório.