

GRUPO tagGrupo – CLASSE I – tagColegiado

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: Recursos de revisão (em Tomada de Contas Especial)

Unidades: Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano (extinta) e Município de Guarulhos/SP

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); Valdir Antonucci Minto (045.723.648-50)

Representação legal: Carlos Eduardo Moreira (OAB/SP 169.809), representando Artur Pereira Cunha, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Valdir Antonucci Minto e Alexandre Lobo de Almeida; Gustavo Marinho de Carvalho (OAB/SP 246.900) e outros, representando Douglas Leandrini e Kimei Kuniyoshi

SUMÁRIO: RECURSOS DE REVISÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DE CONVERSÃO DE RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO. OBRAS DO COMPLEXO VIÁRIO DO RIO BAQUIRIVU, EM GARULHOS/SP. DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL DECORRENTE DE JOGO DE PLANILHA. APRESENTAÇÃO DE SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS PROFERIDAS EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DA EXISTÊNCIA DO FATO OU DE SUA AUTORIA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

O princípio da independência das instâncias possibilita que o TCU decida de forma autônoma sobre as questões que lhes são afetas, sem a necessária vinculação às eventuais manifestações judiciais, salvo sentença penal transitada em julgado que negue a existência do fato ou sua autoria.

RELATÓRIO

Transcrevo como parte do Relatório a instrução elaborada na Secretaria de Recursos (Serur):

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de recursos de revisão interpostos conjuntamente por Valdir Antonucci Minto, Alexandre Lobo de Almeida, Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Artur Pereira Cunha (peças 347-351) e Kimei Kuniyoshi em conjunto com Douglas Leandrini (peças 356-359) contra o Acórdão 1721/2016-TCU-Plenário (peça 121), da relatoria do Ministro Benjamin Zymler.*

1.1. *A deliberação recorrida, mantida pelo Acórdão 2783/2016-TCU-Plenário (peça 233), da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, proferido por força de embargos de declaração, corrigido em razão de erro material pelo Acórdão 1/2017-TCU-Plenário (peça 267), da relatoria do Ministro Benjamin Zymler,*

mantido pelo Acórdão 2559/2019-TCU-Plenário (peça 296), relator Ministro Augusto Nardes, proferido em razão de recursos de reconsideração, e, por fim, mantido pelo Acórdão 2931/2019-TCU-Plenário (peça 321), da mesma relatoria, proferido por força da oposição de embargos de declaração, 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 14.310.577/0001-04, 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 14.310.577/0001-04, 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 14.310.577/0001-04, 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>

23ª Medição Parcial	36.719,89	6/5/2002
25ª Medição Parcial	38.916,97	25/7/2002
26ª Medição Parcial	(48.649,84)	13/8/2002
28ª Medição Parcial	48.690,94	29/8/2002
29ª Medição Complementar	95.147,92	16/10/2002
29ª Medição Complementar II	85.657,35	16/10/2002
30ª Medição Parcial	2.698,57	17/12/2002
32ª Medição Parcial	360.585,77	25/6/2003
32ª Medição Complementar	356.359,67	1/4/2003
33ª Medição Parcial	390.913,05	16/7/2004
34ª Medição Parcial	56.092,77	16/7/2004
35ª Medição Parcial	63.376,40	16/7/2004
37ª Medição Parcial	24.019,24	7/10/2004
37ª Medição Complementar	23.578,97	7/10/2004
38ª Medição Parcial	(3.264,91)	27/10/2004
38ª Medição Complementar	(40.760,85)	27/10/2004
39ª Medição Parcial	(7.335,16)	9/12/2004
39ª Medição Complementar	1.822,13	9/12/2004
40ª Medição Parcial	(28.013,36)	4/2/2005
41ª Medição Parcial	10.714,15	7/7/2005

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 14.310.577/0001-04, signatária do Contrato 39/99, celebrado com o Município de Guarulhos/SP.

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

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 14.310.577/0001-04, signatária do Contrato 39/99, celebrado com o Município de Guarulhos/SP.

Fato gerador do débito (crédito)	Valor (R\$)	Data da ocorrência
20ª Medição Parcial	39.958,13	6/12/2001
23ª Medição Parcial	36.719,89	6/5/2002
25ª Medição Parcial	38.916,97	25/7/2002
26ª Medição Parcial	(48.649,84)	13/8/2002
28ª Medição Parcial	48.690,94	29/8/2002
29ª Medição Complementar	95.147,92	16/10/2002
29ª Medição Complementar II	85.657,35	16/10/2002
30ª Medição Parcial	2.698,57	17/12/2002
32ª Medição Parcial	360.585,77	25/6/2003
32ª Medição Complementar	356.359,67	1/4/2003

33ª Medição Parcial	390.913,05	16/7/2004
34ª Medição Parcial	56.092,77	16/7/2004
35ª Medição Parcial	63.376,40	16/7/2004
37ª Medição Parcial	24.019,24	7/10/2004
37ª Medição Complementar	23.578,97	7/10/2004
38ª Medição Parcial	(3.264,91)	27/10/2004
38ª Medição Complementar	(40.760,85)	27/10/2004
39ª Medição Parcial	(7.335,16)	9/12/2004
39ª Medição Complementar	1.822,13	9/12/2004
40ª Medição Parcial	(28.013,36)	4/2/2005
41ª Medição Parcial	10.714,15	7/7/2005

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 Kuniyoushi, 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 Kuniyoushi, 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. *Tratam os 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, objeto do Contrato 39/1999, celebrado em junho de 1999 entre o município e a Construtora OAS Ltda., no valor de R\$ 78.143.106,71 (peça I, p. 115-120).*

2.1. *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.*

2.2. *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.*

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

2.4. *A Unidade Técnica responsável pela instrução do feito na fase processual anterior promoveu o exame da responsabilização pelo débito e alvitrou a uniformização dos critérios usados nas medições de 12ª Parcial até a 32ª Complementar e nas medições de 33ª Parcial até 37ª Complementar, a fim de evitar imputações de débito indevidas e desproporcionais à participação dos agentes.*

2.5. *Assim, propôs que fossem refeitas as citações, imputando a responsabilidade pelos débitos apenas aos Diretores de Obras e aos Secretários de Obras do Município de Guarulhos, nos períodos de suas ocorrências, solidariamente à Construtora OAS Ltda., tendo o Ministro Augusto Nardes, então relator, anuído à aludida proposta (peça 14, p. 87).*

2.6. *Dessa forma, no que importa ao deslinde da questão trazida nos recursos de revisão, foram promovidas as seguintes citações e audiências, às quais todos os responsáveis que figuram como recorrentes nesta etapa processual se manifestaram:*

a) *Douglas Leandrini, ex-Diretor de Obras de Guarulhos, foi citado em razão de débitos relativos às medições 4ª Parcial até 14ª Parcial, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999 e ouvido em audiência por aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato e por aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato. Alegações de defesa e razões de justificativas acostadas às peças 11, p. 163-165, e 32, p. 23-41.*

b) *Kimei Kuniyoshi, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, foi citado em razão de débitos relativos às medições 10ª Parcial até 14ª Parcial, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999 e ouvido em audiência por dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes. Alegações de defesa e razões de justificativas acostadas à peça 31, p. 14-32.*

c) *Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, foi citado em razão de débitos relativos às medições 1ª Taboão a 3ª Taboão e da 20ª Parcial a 42ª Complementar, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999 e ouvido em audiência por dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes e, também, por aceitar o descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, em desacordo com o art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. Alegações de defesa e razões de justificativas acostadas à peça 31, p. 2-13.*

d) Jorge Luiz Castelo de Carvalho, ex-Diretor de Obras de Guarulhos, foi citado em razão de débitos relativos às medições 20ª Parcial até 42ª Complementar, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999 e ouvido em audiência por aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato. Alegações de defesa e razões de justificativas acostadas às peças 26, p. 2-20, e 31, p. 2-13.

e) Valdir Antonucci Minto, então engenheiro fiscal, foi ouvido em audiência por aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato. Razões de justificativas acostadas à peça 26, p. 2-20

f) Alexandre Lobo de Almeida, então engenheiro fiscal, foi ouvido em audiência por aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato. Razões de justificativas acostadas à peça 24, p. 2-21.

2.7. Das análises das defesas apresentadas esta Corte, acatando as propostas de encaminhamento da Unidade Técnica e os pareceres do Representante do Ministério Público/TCU, reproduzidos no relatório que fundamenta a deliberação recorrida (peça 125), esta Corte prolatou acórdão transcrito no item 1.1 da presente instrução.

2.8. Opostos embargos de declaração, recursos de reconsideração e novos embargos de declaração, a deliberação recorrida não sofreu alterações.

2.9. Nessa oportunidade instrui-se recursos de revisão interpostos com amparo no art. 35, inciso III, da Lei 8.443/1992, em razão da juntada de sentenças judiciais e laudo pericial como documentos novos.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 352 e 361), ratificados às peças 355 e 363 pela relatora, Exma. Ministra Ana Arraes, que concluiu pelo conhecimento dos recursos, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, sem atribuição de efeito suspensivo.

EXAME TÉCNICO

Delimitação

4. Constitui objeto dos recursos examinar as seguintes questões:

- a) em preliminar, se o prazo prescricional das pretensões punitiva e ressarcitória se consumaram;
- b) se houve desequilíbrio econômico contratual em desfavor da Administração Pública;
- c) se a ausência de dolo ou má-fé impõe a reforma do acórdão recorrido;
- d) se as decisões oriundas do Poder Judiciário preponderam sobre as decisões desta Corte.

5. Preliminar. O prazo prescricional da pretensão punitiva.

5.1. Alegam os recorrentes Valdir Antonucci Minto, Alexandre Lobo de Almeida, Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Artur Pereira Cunha que, apesar do entendimento firmado por esta Corte por meio do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo ser de cinco anos o prazo prescricional da pretensão punitiva dos tribunais de contas, nos termos da Lei 9.873/1999.

5.2. Assim, entendem os citados recorrentes que este Tribunal deve rever seu posicionamento para se adequar à jurisprudência atualmente vigente na Suprema Corte e, no presente caso, ante o transcurso de mais de cinco anos entre a prolação do Acórdão 355/2007-TCU-Plenário, que determinou a conversão dos autos em tomada de contas especial e oitiva dos recorrentes, e a publicação do acórdão condenatório, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Análise

5.3. No exame da prescrição, a Serur tem adotado os entendimentos detalhados na peça 378, que contém estudo e pronunciamentos anteriores da secretaria sobre o tema. Nessas manifestações estão desenvolvidas as seguintes premissas, que serão utilizadas no presente exame:

a) ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que 'é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas';

b) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, para caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

c) até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da prescrição

também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário:

5.4. No que se refere à pretensão punitiva, o Tribunal tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

5.5. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

5.6. Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se que o próprio tribunal, no acórdão recorrido, identificou não ter se operado a prescrição (§§ 6 e 7 do voto complementar de peça 123). Isso porque os fatos irregulares ocorreram entre os exercícios de 1998 e 2005, como bem detalhado no referido voto complementar, enquanto a citação dos responsáveis foi ordenada em março de 2007 (Acórdão 355/2017-TCU-Plenário).

5.7. Considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se que não estariam prescritas as possibilidades de aplicação de multa, mas também a de condenação ao ressarcimento, caso fossem adotados, para ambos os fins, os parâmetros definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

5.8. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, considerando-se o prazo geral, de cinco anos, observa-se que para alguns recorrentes a prescrição teria se consumado.

Termo inicial:

5.9. A Lei 9.873/1999, art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração decorrente da prática de um único ato ou para atos de caráter permanente ou continuado. Nestas hipóteses, a prescrição começa a correr na data do ato e, respectivamente, não da data de cada fato, e sim 'do dia em que tiver cessado' a permanência ou a continuidade.

5.10. Na hipótese em exame, conforme descrição das irregularidades transcritas no item 2.6 da presente instrução, estão presentes os requisitos típicos de uma infração permanente. As datas de início de contagem dos prazos prescricionais, conforme levantamento realizado pelo Relator a quo em seu voto complementar (peça 123, p. 2-5), em relação aos recorrentes, ocorreram o mais remoto em 1999 e a mais próxima em 2005.

Prazo:

5.11. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, defendido pelos recorrentes e adequado ao caso em exame, mormente por se considerar a absolvição de alguns dos recorrentes que figuraram como réus em ação penal movida pelo Ministério Público Federal (peça 351), o que afastaria a incidência do prazo previsto na lei penal, de cinco anos (art. 1º).

Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

5.12. No regime da Lei 9.873/1999 a prescrição se interrompe 'pela notificação ou citação', 'por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato' ou 'pela decisão condenatória recorrível' (art. 2º). Nos presentes autos destaca-se os seguintes atos praticados pelo Poder Público que se amoldam ao comando legal:

a) Auditoria realizada por esta Corte de Contas e cujo ato inicial, comunicando o ente auditado acerca da fiscalização, se deu em 25/6/2003 (peça 1, p. 12);

b) Oitiva em audiência dos seguintes recorrentes: Douglas Leandrini (peça 4, p. 203), Artur Pereira Cunha (peça 4, p. 207), Kimei Kuniyoshi (peça 4, p. 210), Valdir Antonucci Minto (peça 4, p. 213), Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peça 4, p. 214, de 16/10/2003) e Alexandre Lobo de Almeida (peça 4, p. 239), todos de 16/10/2003;

c) Instrução de Unidade Técnica desta Corte que analisou as defesas apresentadas, propôs a aplicação de multa e a conversão dos autos em tomada de contas especial, datada de 15/6/2004 (peça 10, p. 66-91);

d) Despacho do Relator, Ministro Marcos Bemquerer, determinando a análise dos autos por unidade técnica especializada em 31/8/2005 (peça 10, p. 161);

- e) Instrução de Unidade Técnica desta Corte propondo a realização de novas diligências para apuração dos fatos, de 12/5/2006 (peça 10, p. 176-183);
- f) Prolação do Acórdão 355/2007-TCU-Plenário, em 14/3/2007, convertendo os autos em tomada de contas especial e determinando a citação e a renovação das audiências já expedidas aos recorrentes (peça 10, p. 257-258);
- g) Citação dos recorrentes Valdir Antonucci Minto (peça 10, p. 281), Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peça 10, p. 291), Alexandre Lobo de Almeida (peça 10, p. 293) e Douglas Leandrini (peça 10, p. 295) e renovação das audiências dos recorrentes Valdir Antonucci Minto (peça 10, p. 259), Alexandre Lobo de Almeida (peça 10, p. 261), Artur Pereira Cunha (peça 10, p. 265), Douglas Leandrini (peça 10, p. 269), Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peça 10, p. 271) e Kimei Kuniyoshi (peça 10, p. 277), todas datadas de 9/4/2007;
- h) Instrução de Unidade Técnica deste Tribunal para análise das alegações de defesa e razões de justificativa dos responsáveis na qual se propõe a aplicação de multa e a imputação de débito para os responsáveis emitida em 25/11/2009 (peça 14, p. 37-58);
- i) Instrução de Unidade Técnica deste Tribunal para análise de novos elementos de defesa apresentados pela empresa Construtora OAS Ltda. em 17/8/2010, propondo a renovação das comunicações processuais (peça 14, p. 73-83);
- j) Citação dos recorrentes Douglas Leandrini (peça 14, p. 121), Kimei Kuniyoshi (peça 14, p. 124), Artur Pereira Cunha (peça 14, p. 126) e Jorge Luiz Castelo de Carvalho (peça 14, p. 131), todas datadas de 19/11/2010;
- k) Instrução de Unidade Técnica desta Corte de análise de mérito das defesas apresentadas e com proposta de encaminhamento para condenação dos recorrentes em débito e multa, lançada em 1º/12/2011 (peça 15, p. 16-50);
- l) Instrução de Unidade Técnica desta Corte em razão da juntada de novos elementos, ratificando a proposta de encaminhamento anterior, confeccionada em 23/7/2013 (peça 76);
- m) Acórdão 1721/2016-TCU-Plenário, proferido em 6/7/2016 (peça 121);
- n) Acórdão 2783/2016-TCU-Plenário, proferido em 1/11/2016 (peça 233);
- o) Acórdão 2559/2019-TCU-Plenário, proferido em 23/10/2019 (peça 296).

5.13. Cabe destacar, por oportuno, que, em se tratando de devedores solidários, a interrupção da prescrição feita a um prejudica aos demais. Incide, nesse caso, regra própria da teoria geral das obrigações, segundo a qual 'a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais' (art. 204, § 1º, do Código Civil). São consequências próprias da solidariedade (a exemplo da regra de que o credor pode demandar qualquer dos devedores, art. 275 do Código Civil), que não precisam ser repetidas em cada diploma legal específico.

5.14. Em relação àqueles recorrentes ouvidos pelo Tribunal em audiência, aos quais não se aplica a regra descrita no item anterior, é necessário destacar que não houve o transcurso de mais de três anos sem que algum ato enquadrado no art. 2º da Lei 9.873/1999 tenha sido interrompida em relação a eles.

Da prescrição intercorrente:

5.15. Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando 'julgamento ou despacho'.

5.16. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

5.17. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

5.18. A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a 'apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso'.

5.19. Em muitas situações o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa/TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos.

5.20. Assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contemplem informações sobre as interrupções ocorridas na fase interna do procedimento (como, por exemplo, declaração do órgão instaurador da TCE, de que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, na forma do art. 1º, § 1º, da citada lei).

5.21. Especificamente quanto a esta tomada de contas especial, as próprias causas de interrupção elencadas acima permitem evidenciar que o processo teve andamento regular, não se operando a prescrição intercorrente, havendo informações suficientes nos autos para evidenciar o regular andamento do feito, não se verificando a prescrição intercorrente prevista na Lei 9.873/1999.

Conclusão:

5.22. Independentemente da existência de outras causas interruptivas não elencadas acima (citações no âmbito administrativo, tentativas de solução conciliatória etc.), cujo levantamento não se fez necessário, observa-se, pelos eventos indicados, que em nenhum momento transcorreu prazo suficiente para se operar a prescrição (nem mesmo se se considerasse o prazo de três anos para a prescrição intercorrente), tomando-se por referência a Lei 9.873/1999, tida pelo STF como norma regente da prescrição da pretensão punitiva pelo TCU.

5.23. Partindo-se da premissa de que a pretensão reparatória segue as mesmas balizas, enquanto não houver norma específica a respeito, a demonstração de que não se operou a prescrição punitiva impõe, como consequência, a conclusão de que também é viável a condenação ao ressarcimento do prejuízo apurado nos autos.

6. Desequilíbrio contratual.

6.1. Sustentam os recorrentes Valdir Antonucci Minto, Alexandre Lobo de Almeida, Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Artur Pereira Cunha que não há que se falar em desequilíbrio econômico do contrato firmado com a Construtora OAS que possa ser a eles imputado, conforme comprova o laudo pericial anexado aos presentes autos (peça 348).

6.2. Assumem os recorrentes que as falhas administrativas ocorridas desde o início do contrato, em 1999, conforme apurou este Tribunal, de fato existiram, mas que não há qualquer participação deles em tais irregularidades, pois ingressaram nos quadros da Prefeitura de Guarulhos no exercício de 2001, quando, segundo o laudo pericial, 70% das medições relativas ao item 01.04 (remoção de terra além do 1º km até a distância medida de ida e volta de 20 km), que estaria superfaturado, já haviam ocorrido e são, portanto, de responsabilidade dos gestores anteriores.

6.3. No mesmo sentido, o item 01.03 (remoção de terras até a distância média de 10 km), que estaria subfaturado, foi integralmente medida na gestão dos recorrentes, o que, somado à alegação descrita no item anterior, afastaria o débito a eles imputado por esta Corte de Conta, afirmando os recorrentes que:

‘A questão dos itens 1.03 e 1.04 da planilha de custos unitários do contrato de obra demonstradas no incluso laudo técnico de engenharia elaborado nos autos do Processo nº 0007397-47.2012.4.03.6119, faz concluir, sem a menor sombra de dúvidas, a inexistência de desequilíbrio contratual em desfavor da Administração Pública no período de atuação dos recorrentes, pelo contrário, houve vantajosidade para o erário nesse lapso temporal’.

6.4. Segundo afirmam, os cálculos efetuados por esta Corte para a imputação do débito estariam eivados de erro em razão de terem sido consideradas as medições dos itens 01.03 e 01.04 ao longo de toda a execução contratual, incluindo as realizadas nas gestões anteriores, em contrariedade com o princípio da impessoalidade e fazendo com que sejam responsabilizados por atos praticados por terceiros.

6.5. Em relação aos recorrentes que atuavam como engenheiros fiscais e não foram condenados em débito, este imputado somente aos secretários e diretores de obras do ente municipal, considerando que o valor do dano ao erário foi decisivo para aplicação da sanção, requerem a desconsideração de seu fundamento e, conseqüentemente, o afastamento das multas a eles impostas.

Análise

6.6. Antes de adentrar no mérito da questão trazida pelos recorrentes é importante frisar que o valor do dano ao erário apurado por esta Corte não serviu de fundamento para a aplicação das multas aplicadas aos recorrentes Valdir Antonucci Minto e Alexandre Lobo de Almeida, que atuaram como fiscais do contrato e foram apenados com a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

6.7. Dessa forma, a alegação de que o dano ao erário tenha sido afastado, o que, ademais, se demonstrará a seguir não ser correta, não os aproveita.

6.8. Quanto à ausência de dano ao erário na gestão dos recorrentes Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Artur Pereira Cunha, não assiste razão aos recorrentes. Não obstante a afirmação do perito judicial, de que mais de 70% das medições relativas ao item 01.04, superfaturado, tenha ocorrido na gestão anterior à dos recorrentes e de que o item 01.03, subfaturado, tenha sido integralmente executado após assumirem os cargos na Prefeitura Municipal de Guarulhos, os cálculos efetuados por esta Corte para a imputação dos débitos contestados estão corretos.

6.9. Nos termos do Acórdão recorrido, os citados recorrentes foram condenados pelos débitos relativos às medições ocorridas entre 24/4/2001 e 7/7/2005 (itens 9.2.3 e 9.2.5 do Acórdão 1721/2016-TCU-Plenário), não havendo que se falar em imputação de responsabilidade por atos praticados na gestão finda no exercício de 2000.

6.10. A questão, por fim, resta devidamente evidenciada no seguinte trecho extraído do voto que fundamenta a deliberação recorrida (peça 124), quando o Relator a quo, Ministro Benjamin Zymler, assim se manifestou:

'7. Ato contínuo, a Secob-3, atualmente denominada SecobEnerg, promoveu novo exame acerca da responsabilização e propôs a uniformização dos critérios usados nas medições de 12ª Parcial até a 32ª Complementar e nas medições de 33ª Parcial até 37ª Complementar, a fim de evitar imputações de débito indevidas e desproporcionais à participação dos agentes'.

6.11. Dessa forma, os dados contidos no laudo pericial não apontam qualquer erro de cálculo como suscitam os recorrentes.

7. Ausência de dolo ou má-fé.

7.1. Afirmando os recorrentes Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Artur Pereira Cunha que, além da ausência de dano ao erário, restou comprovado por meio das sentenças de absolvição proferidas em ações penal e de improbidade administrativa, acostadas às peças 350-351, que não praticaram qualquer ato com dolo ou má-fé visando o desvio de recursos públicos, o superfaturamento ou o favorecimento indevido da empresa contratada.

7.2. Constatou também da sentença proferida em razão da ação de improbidade administrativa que não houve qualquer irregularidade relativa ao licenciamento ambiental, tendo o recorrente Artur Pereira Cunha providenciado a expedição dos documentos necessários tão logo ingressou na Prefeitura Municipal.

7.3. A magistrada sentenciante também apontou a inexistência de responsabilidade do recorrente Artur Pereira Cunha em relação ao jogo de planilhas apontado por esta Corte ou pela alteração informal de quantitativos, pois a disparidade de preços teria ocorrido no curso do procedimento licitatório e que a celebração de termo aditivo por ele realizada teria sido uma solução adequada.

7.4. Em relação ao aditivo contratual, adiciona Artur Pereira Cunha que o grande volume de itens relevantes medidos antes de sua nomeação e o avanço das obras impossibilitaram a recomposição da equação econômico financeira da avença e que a metodologia de cálculo para tal mister, inexistente em normativos legais, mas apenas adotada por esta Corte, não é de conhecimento público, o que, somado à rigidez das cláusulas financeiras do contrato e da rotina do serviço público num grande município como o de Guarulhos impediram uma análise mais acurada do contrato.

7.5. Nesse sentido, requer que sejam relevadas por este Tribunal as irregularidades administrativas cometidas.

Análise

7.6. Inicialmente cumpre destacar que vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio da separação das instâncias administrativa e judicial, de modo que eventuais ações em curso ou transitadas em julgado no âmbito do Poder Judiciário não tem o condão de afastar as competências constitucionais deste Tribunal de Contas, salvo ações penais que concluam pela inexistência do fato ou negativa de autoria, o que não é o caso de ação civil pública por improbidade administrativa ou mesmo da ação penal intentada contra os recorrentes Artur Pereira Cunha, Douglas Leandrini e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, que foi julgada improcedente em razão da insuficiência de provas.

7.7. Sobre tal assunto é farta e pacífica a jurisprudência desta Corte, podendo ser citado, por exemplo, o que restou decidido nos autos do TC 003.757/2017-0 no qual o Relator, Ministro Benjamin Zymler apontou no voto que fundamenta o Acórdão 9738/2020-TCU-1ª Câmara, o seguinte:

'Quanto a esse ponto, cumpre lembrar que é pacífico no âmbito deste Tribunal o entendimento de que a existência de ação judicial não obsta o exercício do controle externo, dado o princípio da independência das instâncias cível, penal e administrativa. Somente teria influência no processo em

exame a ação penal em que fossem absolvidos os responsáveis pela negativa de autoria ou inocorrência do fato, caso em que as demais esferas deveriam acatar a decisão adotada no âmbito do juízo penal.

Dessa forma, tratando-se de ação de natureza civil, como no caso de ação civil pública aduzida pelo embargante, prevalece a regra geral, que é a incomunicabilidade das instâncias civil, penal e administrativa’.

7.8. *Assim, não obstante a relevância e deferência às decisões oriundas do Poder Judiciário, tais documentos não vinculam as decisões deste Tribunal e, não havendo os recorrentes demonstrado qualquer erro praticado por esta Corte na prolação do acórdão vergastado, valendo-se tão-somente da sentença judicial, não há elementos suficientes para o acatamento do pleito recursal.*

7.9. *Quanto às licenças ambientais, conforme resumido no item 2.6 da presente instrução, informação que também consta do voto que fundamenta a deliberação vergastada (peça 124), somente os recorrentes Artur Pereira Cunha e Kimei Kuniyoshi foram ouvidos em audiência por essa irregularidade e suas razões de justificativa foram acatadas na fase processual anterior.*

7.10. *Conforme a instrução da Unidade Técnica responsável pela instrução do feito na fase processual anterior, reproduzida no Relatório que fundamenta o acórdão recorrido (peça 125), foi proposto, e acatado pelo Tribunal, conforme destaca o Relator a quo no parágrafo 108 de seu voto (peça 124), a seguinte proposta de encaminhamento:*

‘V) acatar parcialmente as razões de justificativa dos Srs. Artur Pereira Cunha, Vânia Moura Ribeiro e Kimei Kuniyoshi, ex-Secretários de Obras de Guarulhos, afastando-se a imputação de multa, quanto à irregularidade: dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes, considerando que ao tomarem posse nos respectivos cargos a obra já se encontrava em estágio avançado, mesmo sem as licenças ambientais;’

7.11. *Dessa forma, não há razões para os recorrentes se insurgirem.*

7.12. *Quanto à responsabilidade pelo dano ao erário, decorrente do jogo de planilha, a conclusão da juíza sentenciante não encontra amparo nas provas constantes dos presentes autos. Ocorre que restou comprovada a ocorrência de acréscimos em serviços contratados a preços superiores aos de mercado que deram causa ao dano ao erário.*

7.13. *Os elementos que comprovam o dano foram assim sintetizados pelo Relator a quo (peça 124):*

‘15. A irregularidade em razão da qual os responsáveis foram citados diz respeito à ocorrência de superfaturamento no Contrato 39/1999, decorrente de desequilíbrio econômico-financeiro no ajuste.

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’. A fim de ilustrar os fatos em discussão, colho o seguinte excerto da instrução da Secex/SP (peça 10, p. 81):

‘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 nº 3/03 (fls. 1251-1256).’

17. No mérito, manifesto-me de acordo com a detalhada análise efetivada pela SecobEnerg quanto à ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro da avença (peça 15, p. 16-20, e peça 76). Dessa forma, incorporo o exame e as conclusões efetuadas às minhas razões de decidir, sem prejuízo das ponderações a seguir.’

7.14. *Por fim, além de indiretamente ratificar o entendimento desta Corte acerca da existência do dano ao erário, a alegação do recorrente Artur Pereira Cunha de que havia dificuldades para readequar o contrato firmado com a Construtora OAS ao seu equilíbrio inicial, a toda evidência, não merece acolhida.*

8. **Preponderância das decisões judiciais.**

8.1. *Após tecerem relato dos fatos tratados nos presentes autos, os recorrentes Douglas Leandrini e Kimei Kuniyoshi descrevem as razões que fundamentaram o acórdão recorrido e as comparam com aquelas constantes de sentença judicial proferida em razão de ação de improbidade administrativa para, ao final, concluírem que os objetos dos processos em curso neste Tribunal e no Poder Judiciário (Ação de Improbidade Administrativa n. 0007397-42.2012.403.6119, sentenciada pela 6ª Vara Federal em Guarulhos/SP (sentença à peça 357)), tem objetos idênticos.*

8.2. *Ademais, argumentam que os tribunais de contas não exercem função jurisdicional, mas administrativas, e que suas decisões são 'sindicáveis' pelo Poder Judiciário, citando a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho sobre a questão e afirmando os recorrentes que isso significa dizer que 'as decisões do Poder Judiciário relacionadas a esta instituição [...] preponderam sempre' e que 'uma legítima conclusão que se pode extrair é a de que toda as decisões judiciais preponderam sobre as decisões dos Tribunais de Contas que versam sobre os mesmos fatos', acrescentando que o Professor Romeu Felipe Bacellar Filho perfila o mesmo entendimento.*

8.3. *Concluem os recorrentes nos seguintes termos:*

'40. Pois bem. Como na r. sentença (doc. 01) os recorrentes Douglas e Kimei foram integralmente absolvidos, haja vista que a partir das provas realizadas, em especial a pericial, não há materialidade das condutas imputadas aos recorrentes e estas são as mesmas tanto na ação de improbidade administrativa quanto no TC 011.101/2003-6 (= mesmo objeto), conclui-se que a condenação imposta por este E. Tribunal de Contas aos recorrentes deverá ser revisada (art. 288, §1º, RITCU), corrigindo-a para adequar-se aos ditames da sentença judicial mencionada.'

Análise

8.4. *Não assiste razão aos recorrentes. Conforme análise já empreendida acima, vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio da separação das instâncias administrativa e judicial, de modo que eventuais ações em curso ou transitadas em julgada no âmbito do Poder Judiciário não tem o condão de afastar as competências constitucionais deste Tribunal de Contas.*

8.5. *Regra geral no direito brasileiro, salvo no caso de ações penais que concluam pela inexistência do fato ou negativa de autoria, o que não é o caso de ação civil pública por improbidade administrativa ou mesmo da ação penal intentada contra os recorrentes Artur Pereira Cunha, Douglas Leandrini e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, que foi julgada improcedente em razão da insuficiência de provas, é que o julgamento ocorrido nas esferas cível, penal ou administrativa não repercute nas demais.*

8.6. *Essa regra é referendada por decisões de todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo o Supremo Tribunal Federal firmado jurisprudência no sentido de que as esferas penal e administrativa são independentes, somente havendo repercussão da primeira na segunda nos casos de inexistência material do fato ou negativa de autoria. Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:*

'RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA - SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA - AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO. Estando a sentença penal absolutória calcada na insuficiência de provas para chegar-se à condenação, não há como fazê-la repercutir no processo administrativo, isso a teor do disposto nos artigos 1.525 do Código Civil, 65 e 66 do Código de Processo Penal e 121 a 126 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990' (MS 22.796, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 12.2.1999).

'SERVIDOR PÚBLICO - PENA DE DEMISSÃO - RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA - INFRAÇÃO DISCIPLINAR COMETIDA NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE FUNCIONAL - ALEGAÇÃO DE NULIDADES FORMAIS QUE INVALIDARIAM O PROCEDIMENTO DISCIPLINAR - INOCORRÊNCIA - AUTONOMIA DA ESFERA PENAL E DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - PRETENDIDA DEMONSTRAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE DERAM SUPORTE À PUNIÇÃO DISCIPLINAR - INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS EM SEDE MANDAMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. - O processo mandamental não se revela meio juridicamente adequado à reapreciação de matéria de fato nem constitui instrumento idôneo à reavaliação dos elementos probatórios, que, ponderados pela autoridade competente, substanciam o juízo censório proferido pela Administração Pública. - Refoge, aos estreitos limites da ação mandamental, o exame de fatos despojados da necessária liquidez, pois o 'iter' procedimental do mandado de segurança não comporta a possibilidade de instauração incidental de uma fase de dilação probatória. - A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato certo, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca. - As informações prestadas em mandado de segurança pela autoridade apontada como coatora revestem-se de presunção

relativa (*'juris tantum'*) de veracidade. - As decisões emanadas do Poder Judiciário não condicionam o pronunciamento censório da Administração Pública nem lhe coarctam o exercício da competência disciplinar, exceto nos casos em que o juiz vier a proclamar a inexistência de autoria ou a inocorrência material do próprio fato, ou, ainda, a reconhecer a configuração de qualquer das causas de justificação penal. - O exercício do poder disciplinar, pelo Estado, não está sujeito ao prévio encerramento da **persecutio criminis** que venha a ser instaurada perante órgão competente do Poder Judiciário. As sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos pelos servidores públicos, não se condicionam reciprocamente, tornando-se possível, em consequência, a imposição da punição disciplinar, independentemente de prévia decisão da instância penal. Precedentes. - *Flagrante preparado e flagrante esperado: situações que não se confundem. Intervenção ulterior da Polícia para obstar a consumação do delito cujo 'iter' foi espontaneamente iniciado pelo próprio agente da infração penal. Legitimidade desse comportamento dos órgãos policiais. Jurisprudência*. (MS 22.155, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 24.11.2006).

8.7. Dessa forma, não assiste razão aos recorrentes.

CONCLUSÃO

9. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) o prazo prescricional das pretensões punitiva e ressarcitória não se consumaram, seja pelo regime do Código Civil, seja nos termos da Lei 9.873/1999;

b) está comprovado nos autos o desequilíbrio econômico contratual em desfavor da Administração Pública;

c) a ausência de dolo ou má-fé não impõe a reforma do acórdão recorrido;

d) as decisões oriundas do Poder Judiciário não preponderam sobre as decisões desta Corte.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de revisão interpostos por Valdir Antonucci Minto, Alexandre Lobo de Almeida, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Artur Pereira Cunha, Kimei Kuniyoshi e Douglas Leandrini contra o Acórdão 1721/2016-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 35 da Lei 8.443/1992:

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

b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida ao recorrente e aos demais interessados.”

2. O Titular da Serur manifestou-se de acordo com as conclusões da instrução, sem prejuízo de tecer as seguintes considerações adicionais:

“4. Em linha de defesa, os recorrentes acostaram aos autos cópia do laudo pericial e da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal em Guarulhos nos autos da Ação de Improbidade Administrativa 0007397-42.2012.403.6119, ajuizada pelo Ministério Público Federal – MPF (peças 348 e 350).

5. Muito embora vigore no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da independência das instâncias, as peças de defesa merecem maior detalhamento de seus fundamentos de sorte a demonstrar que não se constituem elementos de defesa aptos a modificar o entendimento do Tribunal.

6. A sentença se mostra dividida nos seguintes tópicos (peça 350):

a) inexistência de licenciamento ambiental;

b) falta de previsão orçamentária e de cronograma de desembolso;

c) ausência de registro do contrato de repasse no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI);

d) alteração onerosa e informal do projeto básico sem justificativa; execução indevida de serviços não previsto no contrato; e modificação dos quantitativos de serviço que estavam sendo executados em relação aos inicialmente previstos;

e) descumprimento do cronograma físico-financeiro;

f) sobrepreço, superfaturamento e aceitação de preços unitários excessivos ou inexequíveis pela comissão de licitação;

7. Para o deslinde do feito, noto que as alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ não fundamentaram a condenação dos recorrentes no âmbito do TCU. Para o caso concreto, interessam as alíneas ‘d’ e ‘f’.

8. Relativamente à alteração onerosa e informal do projeto básico sem justificativa, à execução indevida de serviços não previstos no contrato e à modificação dos quantitativos de serviço que estavam sendo executados em relação aos inicialmente previstos, temas afetos à alínea ‘d’, a constaram da sentença as seguintes conclusões:

- no curso de uma obra de tal dimensão, é natural e esperado que ocorram condições e limitações técnicas não previstas originalmente;

- o projeto básico se mostrava um instrumento precário;

- o terceiro termo aditivo veio a corrigir a execução de serviços não amparados contratualmente;

- os boletins de medição atestaram a execução de serviços (não houve pagamentos por serviços não executados);

- os serviços eram necessários e não houve execução de serviços estranhos ao objeto do contrato;

- a boa-fé dos responsáveis;

9. Ao final, a sentença concluiu que '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.' (peça 350, p. 48).

10. A título de contextualização dos fatos, as anotações técnicas demonstram a similaridade dos serviços prestados que foram alterados em razão do 3º Termo Aditivo, de 6/8/2003, que acarretou um acréscimo ao contrato de R\$ 19.535.754,59, no limite de 25%, conforme abaixo:

- item 01.03 (Remoção de terra além do 1º km até a distância média de ida e volta de 10 km - m³);

e

- item 01.04 (Remoção de terra além do 1º km até a distância média de ida e volta de 20 km - m³).

11. Em análise comparativa, o Tribunal verificou que, enquanto o item 01.03 tinha preço contratado (R\$ 2,92) no patamar de 64,1% inferior ao orçado (R\$ 8,13) e 53,4% inferior à média das licitantes (R\$ 6,27), o item 01.04, aditivado ao contrato, detinha o custo inicial de R\$ 20,82, com sobrepreço de 81,5% em relação ao valor orçado (R\$ 11,47) e 41,8% superior à média das licitantes (R\$ 14,68).

12. Apesar de tratar de serviços de mesma natureza, o item 01.03, que apresentava preço muito inferior ao de mercado, sofreu relevante supressão em seu quantitativo, reduzido em 518.956 m³. Essa redução representa de 79,6% do quantitativo original de 652.289,00 m³. Já o item 01.04, que apresentava sobrepreço, sofreu aditamento de 906.933,53 m³, o que representa aumento de 161,5% em relação ao volume previsto inicialmente de 561.605,00 m³, conforme o Termo Aditivo 3/2003.

13. O volume de 906.933,53 m³ acrescido à avença elevou o total inicial estimado de 561.605,00 m³ para 1.468.538,53 m³, enquanto os volumes de remoção de terra além de 1 km, até a distância de ida e volta de 20,0 km, medidos na obra, alcançaram o total de 990.093,53 m³. Esse volume total ao preço unitário de R\$ 20,82 m³ representou um dispêndio de R\$ 20.613.747,29.

14. Durante o interstício de tempo entre a 4ª e a 32ª medição e a formalização do 3º Termo Aditivo, os engenheiros fiscais da obra atestaram a execução de serviços não previstos no contrato.

15. No que concerne às presentes razões recursais, os fundamentos da aludida decisão judicial não socorrem aos recorrentes. Para a decisão do Tribunal, a necessidade das modificações contratuais e as respectivas causas não guardam relevância para o deslinde da matéria, além de não terem sido questionadas neste processo. Ainda que o aumento dos quantitativos dos itens de transporte com maior distância tivesse sido causado por circunstâncias alheias à atuação da Construtora OAS, a alteração do contrato deveria ter se pautado na observância ao equilíbrio econômico inicial do ajuste.

16. Nesse sentido, pela pertinência dos argumentos, valho-me de excerto do voto condutor do acórdão recorrido (peça 124, pp. 6-7):

'33. Considerando a ocorrência de significativos sobrepreços unitários, precipuamente no item '01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km', o qual se encontra acima do preço estabelecido no próprio orçamento-base da licitação, como se comprovará adiante, deveriam as partes contratantes ter atuado no sentido de preservar o equilíbrio inicialmente estabelecido, nos termos do art. 58, inciso I e § 2º, c/c o art. 65, inciso I e § 6º, da Lei 8.666/1993.

34. Todavia, tal exigência legal não foi cumprida na presente situação concreta. No caso, as alterações ocorridas no ajuste foram de tal magnitude que se fossem adotados na licitação 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 não a Construtora OAS Ltda., que passaria para a última colocação.

35. Sendo assim, julgo que os motivos invocados acerca da existência de justa causa para a modificação dos quantitativos dos serviços são irrelevantes para o propósito de elidir a presente irregularidade, não assistindo razão aos dependentes'.

17. *Por conseguinte, não se discutiu nesta TCE a necessidade das alterações contratuais, mas se estavam restritas aos baldrames legais, em especial ao equilíbrio econômico-financeiro contratado inicialmente entre as partes.*

18. *A sentença reconhece a precariedade do projeto básico da obra. Não é demais ressaltar que, segundo o disposto na alínea 'f' do inciso IX do art. 6º da Lei 8.666/1993, considera-se projeto básico o 'conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (...)', devendo conter o orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados. Diversamente do entendimento perflhado naquela decisão, a incompatibilidade dos serviços e os quantitativos previstos, embora agasalhados pela deficiência do projeto básico – o que justificou a alteração dos serviços – não amparam o desequilíbrio contratual em desfavor da Administração.*

19. *Ainda sobre os pontos da sentença, não merece prosperar o argumento de que não houve pagamento por serviços não realizados, pois não se constitui fundamento para a condenação em débito ou a aplicação de multa nesta TCE. Sobre o débito, o ressarcimento ao erário detém caráter compensatório, de recomposição, não sancionatório, e, ao contrário das conclusões do Juízo Federal, não restou comprovada a boa-fé objetiva dos recorrentes nos autos desta TCE.*

20. *No que se refere ao sobrepreço, superfaturamento e aceitação de preços unitários excessivos ou inexequíveis pela comissão de licitação, tema tratado na alínea 'f', listo a seguir os fundamentos da sentença:*

- *não está presente a alegada ocorrência de sobrepreço e superfaturamento, com aceitação de preços unitários excessivos ou inexequíveis pela comissão de licitação, não estando demonstrado, de modo incontestado, a prática de 'jogo de planilhas';*

- *não restou comprovada ao longo da licitação a apresentação de orçamento conscientemente destinado à prática de jogo de planilha, antecipando que seriam necessários aumentos nos quantitativos dos itens com maior custo de mercado;*

- *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 inexequíveis;*

- *os preços usados como parâmetro foram estimados pelo Município 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 pelo município estariam em consonância com o preço praticado no mercado;*

- *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 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;*

- *apesar de os itens 01.04 e 01.03 serem da mesma natureza (remoção de terra) não é possível concluir que o item 01.04 teria que ser majorado de modo equivalente ao item 01.03, ao se considerar apenas o aumento da distância em quilometragem (de 10 km para 20 km). 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;*

- *tendo por base o quadro comparativo dos preços da OAS com os orçados pela Administração e com a média dos preços dos licitantes, não é possível afirmar que a proposta da OAS continha preços unitários flagrantemente excessivos ou inexequíveis,*

- *por falta de provas, não resta comprovada a prática de sobrepreço, superfaturamento e aceitação de preços unitários excessivos ou inexequíveis.*

21. *Muito embora a sentença trate de sobrepreço relacionando o tema ao processamento da licitação, o que não configura objeto de exame nestes autos, a douto juízo coloca em dúvida a legitimidade do referencial para o cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.*

22. *Sobre os pontos suscitados, é imperioso observar que foram aceitos pela Administração Pública preços elevados para o serviço de remoção de terra constante do item 01.04. Uma vez detectada a necessidade de alteração contratual para a elevação do quantitativo desse serviço e constatado o desequilíbrio contratual às partes, a Construtora OAS tinha por dever justificar o preço do item, demonstrar a compatibilidade com aqueles praticados no mercado e o efetivo impacto de intercorrências das variáveis que repercutiram na variação de seu custo, a exemplo daqueles mencionados na sentença: 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.*
23. *No que concerne ao argumento de que os preços orçados por Guarulhos não representam necessariamente aqueles praticados no mercado, para o cálculo do débito, a Secex/SP e, posteriormente, a SecobEnergia compararam os preços do Contrato 39/1999 com os especificados no próprio orçamento-base da licitação, os quais, por sua vez, foram obtidos na Tabela de Preços do Município de Guarulhos/SP. Em seguida, a Secob confrontou os aludidos preços com os da Tabela Pini, adaptados com os insumos do Sinapi, contrapondo a defesa apresentada pela empresa contratada. Por fim, a unidade técnica 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 (peça 124, p. 8).*
24. *A unidade técnica de origem, em uma opção conservadora, manteve o paradigma inicial em relação aos quais os responsáveis foram citados, uma vez que ensejou débito menor do que o obtido a partir do uso das referências sugeridas pela defesa. Portanto, o Tribunal utilizou os preços da licitação por se evidenciarem mais favoráveis aos responsáveis em relação aos referenciais oficiais disponíveis à época (peça 124, p. 8).*
25. *Por fim, o laudo pericial também não afeta as conclusões desta Corte de Contas (peça 348).*
26. *Em que pese o documento não se manifestar conclusivamente sobre a prática de jogo de planilha, assevera e demonstra por meio de tabelas a significativa redução de serviço de menor custo para o posterior aumento de serviço de maior preço (peça 348, pp. 27-28).*
27. *Na mesma linha deste Tribunal, o laudo comparou o preço do item 01.04 (Remoção de terra além do 1º km até a distância média de ida e volta de 20 km - m3), estimado em R\$ 20,82, com o preço desse serviço cotado pelas demais licitantes e demonstrou que, caso a licitação fosse adicionada dos novos quantitativos dos serviços superfaturados, a OAS não teria se sagrado a vencedora do certame, 'visto que o seu preço unitário estava consideravelmente acima dos preços unitários das demais licitantes e do valor base da licitação' (peça 348, pp. 67-68).*
28. *Ante o exposto, com fundamento no art. 32, inciso III, e no 35 da Lei 8.443/1992, propondo que este Tribunal conheça dos recursos e, no mérito, negue-lhes provimento.*
3. O Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) manifestou-se de acordo com os pareceres.
É o Relatório.