

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanho a proposta trazida pelo ilustre Ministro Jorge Oliveira, na parte dispositiva, porém o faço por razões distintas das consignadas em seu voto.

2. Em minha visão, o único motivo para o provimento dos recursos de reconsideração é a superveniência de sentença proferida na Ação Penal 0001636-10.2013.4.01.4000, que reconheceu a inexistência de superfaturamento no Contrato AJ-27/1999, na linha da fundamentação ali consignada.

3. Conforme apurou a minha assessoria em consulta ao sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe), o Ministério Público Federal interpôs apelação e solicitou a reforma da referida sentença, tendo em vista a existência, dentre outras razões, de prova robusta de *“prejuízo ao erário decorrente do superfaturamento em preços globais e unitários referentes a materiais e serviços utilizados na obra e a inobservância de diversos comandos da Lei. 8.666/93 promovidos pelos réus”*.

4. Todavia, entendo que o advento da sentença absolutória de primeiro grau com a negativa da materialidade dos fatos, **in casu**, de superfaturamento, é suficiente para ensejar a sua repercussão na esfera administrativa, voltada ao ressarcimento ao Erário, por força do art. 935 do Código Civil. Mesmo que tenha sido interposto recurso de apelação, este não tem efeito suspensivo quando a sentença absolve o réu, conforme o art. 596 do CPP.

5. Logo, cabe o provimento dos expedientes recursais, sem prejuízo de encaminhar cópia integral desta decisão, inclusive da presente declaração de voto, à Procuradoria da República no Piauí.

6. Apesar desse encaminhamento, julgo pertinente fazer considerações quanto às questões de mérito discutidas no feito, pois entendo demonstrada a existência de superfaturamento no Contrato AJ-27/1999, segundo os critérios usualmente adotados por esta Corte de Contas em auditorias de obras públicas.

II – Da ocorrência de superfaturamento

7. Conforme visto, trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos e pela empresa Construtora Jurema Ltda. contra o Acórdão 304/2020-Plenário, mantido pelo Acórdão 741/2020-Plenário, mediante os quais o TCU julgou irregulares as contas dos responsáveis e os condenou ao pagamento do débito e da multa especificados.

8. Na origem, o processo cuida de tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 948/2007-Plenário, a partir da conversão de representação de equipe de fiscalização da Secex/PI, dando conta da ocorrência de sobrepreço, superfaturamento e diversas irregularidades na licitação e na execução das obras de construção do Sistema Adutor do Sudeste Piauiense.

9. A execução do aludido empreendimento teve início em julho de 2004, após a celebração do Convênio PGE-158/2003 entre o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) e o Estado do Piauí.

10. A avença assegurou recursos financeiros para a execução do Contrato AJ-27/1999 (peça 24, p. 24-30), firmado quatro anos antes, em 14/7/1999, entre a Construtora Jurema Ltda. e a Secretaria de Obras e Serviços Públicos do Estado do Piauí, atual Secretaria de Estado da Infraestrutura do Piauí (Seinfra/PI), após a Concorrência 01/1998.

11. Por meio do mencionado Acórdão 948/2007-Plenário, o TCU aplicou multa ao Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos, então Secretário de Infraestrutura do Estado do Piauí e fixou prazo para que a Seinfra/PI anulasse o Contrato AJ 27/1999, medida que foi efetivamente adotada em 29/12/2009, segundo informação do órgão estadual.

12. Tal fato seria suficiente para atrair a incidência do art. 59 da Lei 8.666/1993:

“Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”

13. A propósito do assunto, a jurisprudência dominante do STJ alinha-se ao entendimento de que a indenização do contratado é regra, porém, ela não é devida na hipótese de o particular haver agido de má-fé ou concorrido para a nulidade. Ou seja, verificada alguma dessas hipóteses, todos os pagamentos efetuados devem ser restituídos à administração pública.

14. Nesse sentido, podem ser citadas as seguintes decisões: AgRg no REsp nº 1.394.161/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 16/10/2013; REsp nº 448.442/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 24/9/2010; AgRg no Ag 1.134.084/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 29/6/2009; REsp nº 928.315/MA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/6/2007; e REsp nº 579.541/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 19/4/2004.

15. Em minha visão, o caso em análise se amolda à segunda hipótese, pois é assente que a sociedade empresária concorreu com a nulidade do Contrato AJ 27/1999, visto que apresentou proposta eivada de superfaturamento e anuiu a termo aditivo que transfigurou profundamente o seu objeto, fatos que compuseram a motivação da invalidação do ajuste.

16. Ainda a propósito da interpretação do art. 59 da Lei 8.666/1993, há decisões do STJ nas quais se admite, mesmo nas hipóteses supramencionadas, a indenização da contratada por serviços executados. Porém, essa medida seria limitada aos custos incorridos na consecução do objeto, conforme o REsp nº 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 24/5/2012, e o REsp nº 1.188.289/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 13/12/2013.

17. Entendeu-se, nesses casos, que não é possível o completo retorno ao **status quo ante**, uma vez que existem eventos de desconstituição impossível, tais como os serviços devidamente prestados, de sorte que era cabível a indenização destes. Todavia, decidiu-se que o contratado infrator não faria jus à margem de lucro relativa aos itens executados, que deveriam ser indenizados somente pelo valor do custo de produção. Assim, se veria respeitado também o princípio da proibição do enriquecimento sem causa em relação à administração.

18. Em suma, concluiu-se que ao contratado de má-fé ou que concorreu para eivar de nulidade o contrato firmado com o Poder Público, impõe-se a devolução de todo o ganho auferido, podendo ser admitido abater do débito quantia suficiente para cobrir os custos incorridos na execução do objeto do contrato, que se supõe lícito.

19. Caso essa posição jurisprudencial tivesse sido adotada, seria necessário instar a contratada a produzir prova sobre os custos efetivos da execução parcial do Contrato AJ-27/1999. Possivelmente, o resultado dessa medida poderia ser a imputação de um débito ainda maior do que o apurado pelas três unidades técnicas (Secex/PI, Secob-1 e Secob4, posteriormente denominada de SeinfraHidro) que participaram da demorada instrução deste processo, haja vista o grande distanciamento entre os custos praticados nesse ajuste e os parâmetros de referência usualmente adotados pelo TCU em obras hídricas do tipo, quais sejam, o Sicro e o Sinapi.

20. A propósito do assunto, o voto revisor do Acórdão 304/2020-Plenário contém ampla demonstração de que os preços praticados no Contrato AJ-27/1999 estavam acima dos referidos sistemas referenciais. Cabe destacar que o cumprimento dessas balizas já era exigível na época em que houve a celebração dos termos aditivos que adaptaram o orçamento original ao novo projeto da obra, seja porque a LDO/2003 já exigia o cumprimento do Sinapi, seja porque a jurisprudência do TCU já

era pacífica nesse sentido à época, visto que prescrevia o uso dos sistemas Sicro e do Sinapi.

21. Em verdade, é preciso reconhecer que o voto que fundamentou a decisão atacada apenas consolidou as embasadas análises técnicas da Secex/PI, da Secob-1 e da SeinfraHidro, que comprovaram, de modo exaustivo e de forma conservadora, que o prejuízo ao Erário totalizou R\$ 2.543.149,43, a partir de metodologia que seguiu o Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do Tribunal e a pacífica jurisprudência mencionada na fundamentação do Acórdão 304/2020-Plenário, quanto à utilização do Sicro como referência de serviços em obras hídricas.

22. Sobre o tema, toda a análise anterior foi, nessa oportunidade, avalizada pela Serur e, novamente, pelo Ministério Público junto ao TCU. Sendo assim, entendo que não cabe afirmar que os cálculos efetuados pelas unidades técnicas que atuaram nestes autos são cercados de incertezas e imprecisões, principalmente porque não foi apontado no voto do relator nenhum aspecto técnico que pudesse comprometer as análises realizadas, que, em verdade, seguiram o padrão usualmente aceito pelo Tribunal em mais de 25 anos de fiscalização de obras públicas.

23. Considerar imprópria a imputação de débito nesse processo, pelo simples fato de o ex-Diretor-Geral do Dnocs ter declarado que *“o orçamento foi criteriosamente analisado por técnicos do setor de custos e orçamento”*, sem que tenha havido a juntada aos autos do parecer técnico que realizou essa avaliação, significa jogar por terra a ampla jurisprudência desta Casa de que *“a declaração de terceiros tem baixo valor probatório, pois faz prova apenas da existência da declaração, mas não do fato declarado, competindo ao interessado demonstrar a veracidade do alegado”* (Acórdãos 2.834/2015-2ª Câmara, relator: Ministro Augusto Nardes; 3.210/2012-1ª Câmara, relatora: Ministra Ana Arraes; e 1.423/2019-Plenário, relator: Ministro Raimundo Carreiro).

24. A propósito, também discordo da assertiva do relator de que a obtenção da referida análise do Dnocs não competiria aos recorrentes, de modo que caberia ao Tribunal ter de requisitá-los diretamente à autarquia. Embora o processo desta Corte de Contas seja caracterizado pelo princípio do impulso oficial, registro que essa demonstração era do interesse e ônus dos responsáveis, não apenas nesta etapa recursal, mas desde a origem deste feito.

25. No caso, aplica-se a vetusta regra do direito processual no sentido de que compete à parte demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, o que ganha ainda maior força no âmbito deste Tribunal, haja vista a premissa elementar dos processos de controle externo de que compete aos responsáveis comprovarem a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhes, portanto, o ônus da prova.

26. Sendo assim, reputo inadequado afastar o débito criteriosamente calculado pelas unidades técnicas, cuja robustez técnica foi demonstrada no voto condutor da decisão recorrida, a partir de mera declaração de terceiro, sem que tenha sido realizada uma análise técnica das premissas adotadas pelo Acórdão 304/2020-Plenário, inclusive quanto a uma alegada – mas não provada – compatibilidade dos preços contratados com a tabela do Dnocs.

27. Afastar o débito nessas circunstâncias, sem que haja uma prova da economicidade do ajuste, apta a refutar a robusta análise técnica usada como base da decisão recorrida, significa, ainda, ir de encontro à dicção do art. 59 da Lei 8.666/1993 e da ampla jurisprudência do STJ, mencionada acima. Isso porque a elisão do dano acarretará, como efeito prático, a remuneração integral da empresa por um contrato eivado de nulidade.

28. Nesse ponto, julgo oportuno enfrentar alguns argumentos trazidos no voto proposto pelo eminente Relator.

29. Compreendo que não é relevante para o deslinde dessa tomada de contas especial a afirmação de que não foi possível vislumbrar *“que a introdução daquelas alterações contratuais tenha sido motivada por uma prévia intenção de beneficiar a empresa contratada”*.

30. A despeito da amplitude e da gravidade das ocorrências identificadas desde a fiscalização realizada nas obras em apreço, que envolveram irregularidades na etapa de licitação (abertura do certame sem previsão de recursos orçamentários; ausência de critérios de aceitabilidade de preços unitário e global; restrição ao caráter competitivo da licitação; inabilitação indevida de oito licitantes) e de execução do contrato (pagamentos antecipados de até 80% dos equipamentos e tubos sem exigência de garantias execução; alteração do projeto básico com ofensa aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração; reformulação do projeto básico pela contratada para execução da obra; e inexistência de termo aditivo formalizando as alterações contratuais), a questão em discussão neste feito é pontual: a existência de sobrepreço decorrente de preços superiores aos de mercado.

31. No tocante a isso, tanto o Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos quanto a empresa Construtora Jurema Ltda. não comprovaram que os preços praticados na obra eram tecnicamente adequados, de acordo com a boa técnica de orçamentação e com os sistemas oficiais de referência aplicáveis às obras do tipo. Isso depois de exaustiva e demorada tramitação processual, que envolveu a participação de, agora, quatro unidades técnicas da secretaria deste Tribunal, após longos 17 anos.

32. Ademais, não está demonstrado nos autos que o aproveitamento do Contrato AJ 27/99 e a subsequente modificação de seu escopo ocorreu em *“um cenário de conhecimento, análise, aprovação e controle por parte da Administração Pública”*. Além disso, mesmo que tivesse sido juntado o parecer técnico do Dnocs que aprovou os preços do ajuste, esse fato por si só não teria o condão de atestar a economicidade da avença, pois seria necessário, a partir daí, o exame da adequação e consistência técnica da análise realizada.

33. A bem da verdade, a existência de parecer do Dnocs aprovando os preços do contrato poderia desencadear a eventual responsabilização dos seus signatários, caso fosse demonstrada alguma falha no exame da economicidade do ajuste. Todavia, esse fato nunca seria capaz de afastar a responsabilidade direta dos gestores da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Piauí (Seinfra/PI) e da empresa contratada pelo dano verificado.

34. Nesse ponto, é preciso lembrar a ampla jurisprudência desta Casa, no sentido de que o contratado e os gestores do conveniente permanecem responsáveis pelos danos causados na execução de contratos custeados com recursos federais, decorrentes de sua culpa, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização e eventual aprovação de atos pelo órgão concedente. Nesse sentido, invoco, a título de exemplo, o Acórdão 1455/2018-Plenário.

35. Quanto à assertiva do relator de que não verificou a existência de erro grosseiro ou da culpa grave aludida no voto condutor da deliberação recorrida, é preciso lembrar que também é pacífico neste Tribunal o entendimento de que o art. 28 da LINDB somente se aplica em matéria de sanção, não de imputação de responsabilidade financeira em razão de um prejuízo ao Erário (débito).

36. Tal conclusão constou da seguinte passagem do voto condutor do Acórdão 2.391/2018-Plenário:

“147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:

‘6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.’

148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou

levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.”

37. Esse entendimento vem sendo adotado pelo TCU, como revelam os Acórdãos 2.768/2019-Plenário, 5.547/2019-1ª Câmara e 11.289/2021-1ª Câmara, dentre outros.

38. Sendo assim, caso se conclua que não houve erro grosseiro no aproveitamento de contrato para executar obra completamente distinta da licitada, cinco anos depois de sua assinatura, após profunda alteração do projeto básico, sem que fosse efetuada uma análise técnica exaustiva a respeito da compatibilidade dos preços praticados com os parâmetros especificados na LDO e na jurisprudência do TCU, **in casu**, Sicro e Sinapi, com o que discordo, caberia ao TCU apenas afastar a multa imposta aos responsáveis, permanecendo o dever de ressarcir, conforme a jurisprudência mencionada acima.

39. Nesse ponto, invoco a necessidade de se dar cumprimento ao art. 926 do CPC, o qual prescreve que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Tal comando é exigível do TCU, seja porque o mencionado código é aplicado subsidiariamente no processo desta Corte de Contas, seja porque o aludido comando consubstancia o princípio da segurança jurídica e da isonomia na condução dos feitos desta Corte de Contas.

40. Essas premissas exigem que os julgamentos neste Tribunal sigam as mesmas balizas jurídicas, nesse caso, representadas pela metodologia de apuração de débitos definida no Roteiro de Auditoria de Obras do TCU e os critérios de responsabilização por dano ao Erário consolidados ao longo de vários anos de fiscalização de contratos de obras públicas.

41. Ainda a propósito da existência ou não de culpa grave e erro grosseiro, destaco que tais parâmetros não se aplicam nem sequer à empresa Construtora Jurema Ltda., dado que o art. 28 da LINDB, por expressa previsão legal, somente se aplica à análise da responsabilidade de agente público.

42. Quanto à responsabilização da contratada, é preciso mais uma vez destacar o entendimento que se firmou na jurisprudência desta Casa, no sentido de que “*não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados pela Administração, haja vista incidirem no regime de contratação pública regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas à aferição de legalidade, legitimidade e economicidade pelos órgãos de controle*” (tese extraída do repositório da jurisprudência selecionada do TCU, consignada no Acórdão 454/2014-Plenário, relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman).

43. A propósito do assunto, segue excerto do voto condutor do Acórdão 2.262/2015-Plenário, de minha lavra:

“36. Ainda que o preço orçado pela administração esteja acima dos valores passíveis de serem praticados no mercado, têm as empresas liberdade para oferecerem propostas que sabem estar de acordo com os preços de mercado. Não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes, haja vista que o regime jurídico-administrativo a que estão sujeitos os particulares contratantes com a Administração não lhes dá direito adquirido à manutenção de erros de preços unitários, precipuamente quando em razão de tais falhas estiver ocorrendo o pagamento de serviços acima dos valores de mercado. O regime de contratação administrativa possui regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Portanto, a responsabilização solidária do particular pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedor de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do débito, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992.

Logo, não há como acolher as alegações de defesa da empresa beneficiária dos pagamentos reputados superfaturados.”

44. A aludida tese também foi veiculada no voto condutor do Acórdão 1.304/2017-Plenário, também de minha autoria:

“68. Ainda que a Administração, por meio de seus agentes, tenha incorrido em erro, ao definir, no Pregão Presencial 10/2006, um orçamento-base superestimado, a conduta da empresa contratada de propor preços acima dos valores de mercado constituiu ato ilícito, na medida em que infringiu o dever jurídico preceituado no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Tal comportamento foi concausa relevante do prejuízo causado ao erário, pois sem ele não teria havido o superfaturamento.

[...]

70. Embora o valor orçado pela administração se situe além dos preços praticados no mercado, o particular poderia ofertar proposta aderente aos valores de mercado. Reiterada jurisprudência desta Corte de Contas, a exemplo do Acórdão 454/2014-TCU-Plenário, da lavra do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, e do Acórdão 619/2015-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, tem entendido que ‘não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes, haja vista incidir, no regime de contratação pública, regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Sem embargo, sua responsabilização solidária pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedora de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do dano, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992’” (grifos acrescidos).

45. A responsabilização dos contratados em razão de prejuízos ao Erário decorrentes de contratos públicos com sobrepreço, além de respaldada na lei orgânica do TCU e na releitura dos postulados da força obrigatória dos contratos e do ato jurídico perfeito, é ancorada na ideia de que o regime jurídico-administrativo das contratações públicas se aplica tanto aos agentes estatais quanto aos particulares. O voto condutor do Acórdão 1.304/2017-Plenário também tratou do tema:

“72. Ressalto que os comandos da Lei 8.666/1993 se direcionam tanto ao agente público quanto ao privado, que renuncia em alguma medida ao ambiente de liberdade econômica que prevalece nos contratos privados.

[...]

74. Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal manteve condenação de ressarcimento ao erário imposta pelo TCU à empresa contratada pela Administração Pública. Tal decisão foi adotada no âmbito do Mandado de Segurança 29.599, impetrado por uma empreiteira com o objetivo de anular ato do Tribunal de Contas da União, o qual condenou a empresa a devolver valores ao erário em razão de superfaturamento de preços.

75. Naquele julgado, a situação era análoga ao caso em apreciação, pois o particular alegava exatamente ter participado de regular processo licitatório, tendo cumprido todas as especificações do edital, inclusive com relação ao preço dos serviços a serem executados. Assim, a contratada entendia não haver nenhuma ilegalidade em sua conduta e que o TCU não possuía competência constitucional para promover alteração retroativa e unilateral dos preços, modificando cláusulas econômico-financeiras do contrato. Porém, ao contrário do que afirmara a construtora, entendeu o STF que ela não foi condenada a restituir os valores recebidos em razão da execução do contrato, mas a restituição aos

cofres públicos da diferença dos valores em que se identificou o sobrepreço na forma calculada pelo TCU.” (grifos acrescentados).

46. Com essas ressalvas, acompanho a proposta do Relator, com os fundamentos expostos na primeira parte deste VOTO.

TCU, Sala das Sessões, em 3 de agosto de 2022.

BENJAMIN ZYMLER
Ministro