

VOTO

Cuidam 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 entre o Município e a Construtora OAS Ltda., no valor inicial de R\$ 78.143.106,71 (Junho/1999).

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

3. No âmbito da auditoria, a Secex/SP identificou indícios de irregularidades que deram ensejo à celebração de audiência dos responsáveis. Dentre os achados apontados pela equipe de fiscalização, destaca-se a ocorrência de superfaturamento em razão do pagamento de serviços em contrato que sofreu desequilíbrio econômico-financeiro por modificações nos quantitativos inicialmente previstos, gerando débito perante a União no valor de R\$ 2.417.394,09.

4. Após a adoção das referidas medidas processuais e o encaminhamento do processo à Secob para pronunciamento acerca do método adequado para o cálculo do superfaturamento, esta Corte de Contas, por meio do Acórdão 355/2007-Plenário, decidiu converter os autos em tomada de contas especial, haja vista a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999 desfavorável ao interesse público.

5. Na ocasião, foram estabelecidas as premissas para o cálculo do superfaturamento e ordenadas a citação e a audiência dos responsáveis especificados na deliberação, além da adoção de providências objetivando a inclusão, no valor do débito, dos pagamentos ocorridos em face das últimas medições e a identificação dos respectivos responsáveis.

6. A Secex/SP cumpriu as aludidas medidas processuais e promoveu a análise das alegações de defesa apresentadas, tendo alvitrado, contudo, a remessa dos autos à Secob para que fosse dada continuidade à instrução do feito até a decisão de mérito, tendo em vista a especificidade da matéria. O insigne Ministro Augusto Nardes, então Relator do processo, anuiu a proposta da unidade técnica.

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.

8. Na oportunidade, ponderou que cabia aos superiores hierárquicos decidir, juntamente com a construtora, sobre a assinatura ou não de aditivos ao contrato, fato que deu origem ao "jogo de planilha". Por esse motivo, alvitrou 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..

9. Ademais, a unidade técnica propôs a realização de audiência da Sra. Sueli Vieira da Costa, uma vez que as alterações do contrato que causaram o possível superfaturamento foram iniciadas à época em que ela ocupava o cargo de Secretária de Obras (peça 14, p. 73-85). O ilustre Ministro Augusto Nardes anuiu a aludida proposta (peça 14. p. 87).

10. A fim de fixar a matéria litigiosa, cumpre transcrever os responsáveis, a medida processual e as respectivas irregularidades em face das quais foram instados a se manifestar:

Responsáveis	Medida Processual	Irregularidade/Conduta
--------------	-------------------	------------------------

Sr. Douglas Leandrini, ex-Diretor de Obras de Guarulhos, e Construtora OAS Ltda.	Citação	Débitos relativos às medições 4ª Parcial até 14ª Parcial, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999
Sr. Kimei Kunyoshi, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, e Construtora OAS Ltda.	Citação	Débitos relativos às medições 10ª Parcial até 14ª Parcial, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999
Sr. Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras de Guarulhos, e Construtora OAS Ltda.	Citação	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
Sr. Nelson Rodrigues Pandeló, ex-Diretor de Obras de Guarulhos, e Construtora OAS Ltda.	Citação	Débitos relativos às medições 2ª Taboão e 3ª Taboão, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999
Sr. Jorge Luiz Castelo de Carvalho, ex-Diretor de Obras de Guarulhos, e Construtora OAS Ltda.	Citação	Débitos relativos às medições 20ª Parcial até 42ª Complementar, decorrentes de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999
Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello, então Secretário de Obras de Guarulhos e Presidente da Comissão de Licitação, e Jovino Cândido da Silva, ex-Prefeito do Município de Guarulhos	Audiência	Autorizar e/ou homologar a abertura da licitação sem previsão orçamentária suficiente para arcar com o custo da obra no exercício vigente, em desacordo com o art. 7º, §2º, III, da Lei 8.666/1993
Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello, Secretário de Obras de Guarulhos de 1/1/1997 a 19/9/1998, Artur Pereira Cunha, Secretário de Obras de Guarulhos desde 1/1/2001, Sueli Vieira da Costa, Secretária de Obras de Guarulhos de 7/10/1998 a 8/1/2000, Vânia Moura Ribeiro, Secretária de Obras de Guarulhos de 10/1/2000 a 11/7/2000, Kimei Kunyoshi, Secretário de Obras de Guarulhos de 11/07/2000 a 31/12/2000	Audiência	Dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes
Sr. Artur Pereira Cunha, ex-Secretário de Obras de Guarulhos	Audiência	Aceitar o descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa, em desacordo com o art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993
Srs. Carlos Eduardo Corsini e Fernando Antonio Duarte Leme, então membros da Comissão de Licitação	Audiência	Admitir proposta de empresa licitante com distorções nos preços unitários de até 785% em relação ao preço de mercado, sem qualquer questionamento, em desacordo com o art. 43, IV, da Lei de Licitações e o item 3.2.4.1 do Edital, e deixando de chamar atenção para futuros termos aditivos que modificassem os quantitativos de serviços inicialmente previstos
Srs. Roberto Yoshiharu Nisie, Valdir Antonucci Minto, Douglas Leandrini, Alexandre Lobo de Almeida e Jorge Luiz Castelo de	Audiência	Aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato

Carvalho, então engenheiros fiscais		
Sra. Sueli Vieira da Costa, ex-Secretária de Obras do município de Guarulhos	Audiência	Ter autorizado a modificação do Contrato 39/1999, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda, por alterações de serviços e de quantitativos, o que prejudicou o equilíbrio econômico-financeiro do mesmo e deu origem a um superfaturamento.

11. Após a análise do conjunto de alegações e documentos juntados pelas partes, a SecobEnerg concluiu que os elementos carreados aos autos não lograram êxito em afastar a ocorrência do superfaturamento, tendo sido configurado, ao fim, o débito de R\$ 2.299.229,03. Por esse motivo, alvitrou o julgamento das contas dos responsáveis pela irregularidade e a imputação da multa proporcional do art. 57 da Lei 8.443/1992.

12. Com relação aos responsáveis ouvidos em audiência, a unidade técnica propôs a cominação da multa do art. 58 da Lei Orgânica aos seguintes agentes administrativos:

- a) Sra. Sueli Vieira da Costa, por ter autorizado a modificação do Contrato 39/1999, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda, por alterações de serviços e de quantitativos, o que prejudicou o equilíbrio econômico-financeiro do mesmo e deu origem a um superfaturamento; e por ter permitido, em sua gestão, o início da obra sem a prévia obtenção de licença ambiental, contrariando o que determina os incisos I e II do art. 8º da Resolução Conama 237/1997.
- b) Srs. Roberto Yoshiharu Nisie, Alexandre Lobo de Almeida e Valdir Antonucci Minto, por terem atestado boletins de medição com serviços não previstos no contrato;
- c) Srs. Douglas Leandrini e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, por terem atestado boletins de medição com serviços não previstos no contrato e por terem aceitado indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal, contrariando o art. 60 da Lei 8.666/1993;
- d) Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello e Jovino Cândido da Silva, por autorizarem e homologarem a abertura da licitação sem previsão orçamentária suficiente para arcar com o custo da obra no exercício vigente, em desacordo com o inciso III, § 2º, art. 7º da Lei 8.666/1993;
- e) Sr. Airton Tadeu de Barros Rabello, por ter permitido a abertura de licitação sem a prévia obtenção de licença ambiental, contrariando o que determina o inciso I do art. 8º da Resolução Conama 237/1997.

13. O Ministério Público junto ao TCU aquiesceu a referida proposta.

14. Feito esse histórico do processo, passo a decidir. Para fins metodológicos, resalto que dividi o exame da matéria por tópicos, nos quais expus e apreciei conjuntamente os argumentos apresentados pelos responsáveis.

I – Da ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato

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.

I.1 – Questões preliminares

18. Os Srs. Kimei Kunyoshi e Douglas Leandrini aduziram a ocorrência de prescrição dos débitos, tendo em vista o transcurso do prazo de cinco anos e que não houve má-fé por parte dos responsáveis.

19. Acerca do assunto, ressalto que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário (Súmula TCU nº 282). Tal entendimento, inclusive, conta com o respaldo do STF, que decidiu dessa forma no Mandado de Segurança 26.210-9/DF, de 4/9/2008. Por esses motivos, deve ser rejeitada a preliminar de prescrição suscitada pelos responsáveis.

20. O Sr. Kimei Kunyoshi ponderou que a irregularidade que lhe é imputada viola os princípios da ampla defesa e da segurança jurídica, além da coisa julgada administrativa, uma vez que as decisões do TCU em 2001 e 2002 acerca da obra em questão não constatarem irregularidades significativas, tendo se limitado a apontar questões de ordem ambiental.

21. Sobre a questão, estou de acordo com os posicionamentos da SecobEnerg e da Secex/SP, no sentido de que as auditorias deste Tribunal possuem variados escopos e que a não identificação de indícios de irregularidade em uma delas não pressupõe a regularidade da gestão dos recursos públicos, entre outras razões, porque a identificação de uma irregularidade pode ocorrer em pontos que não haviam sido objeto de avaliação em trabalhos anteriores.

22. Nesse passo, trago as seguintes considerações esposadas pelo insigne Ministro Valmir Campelo no voto condutor do Acórdão 3.061/2011-Plenário.

“A (...), em outro ponto, argumentou que as fiscalizações – e as decisões decorrentes do Tribunal - em anos anteriores não apontaram qualquer irregularidade nos procedimentos licitatórios da Valec ou em seus contratos.

Reafirmo que tais julgamentos não constituem um atestado de regularidade ad eternum para a obra, mas tão somente cognições de exames específicos empreendidos no âmbito de cada fiscalização. Na busca da verdade material, julgamentos pretéritos não têm o condão de perfazer coisa julgada e não impedem que diante de novas situações, se apontem falhas anteriormente não identificadas por quaisquer outros motivos.”

23. Da mesma forma, cito, como precedentes, os Acórdãos 1154/2008, 2046/2008, 1443/2010 e 2930/2011, todos do Plenário. Sendo assim, compreendo que não houve violação aos princípios da ampla defesa e da segurança jurídica e à coisa julgada administrativa, não assistindo razão aos defendentes.

24. O Sr. Douglas Leandrini argumentou que houve violação ao princípio do devido processo legal, porquanto não sabia ao certo se o débito a ele imputado restringia-se aos serviços de transportes, mais especificamente ao item 01.04 da planilha, ou englobavam os demais serviços.
25. No mesmo sentido, o aludido responsável e a Construtora OAS Ltda. ponderaram que a TCE foi instaurada apenas em função do sobrepreço no item “01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km”, não cabendo a inclusão de novos serviços no valor do débito, como efetivado pelas unidades técnicas do TCU.
26. Acerca do assunto, compreendo, em linha de concordância com a SecobEnerg, não haver qualquer violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o Acórdão 355/2007-Plenário especificou de forma clara a composição e a causa material do débito em análise. Conforme se depreende do voto condutor da aludida deliberação, “(...) o valor do débito a ser considerado neste processo deverá ser aquele inicialmente apurado pela Secex/SP, conforme demonstrado à fl. 746 dos autos (...)”, o qual contemplou vários itens, além do mencionado pelo defêdente.
27. Outrossim, ainda que o referido **decisum** tivesse indicado como causa do dano apenas o item mencionado pelos responsáveis, o que se afirma apenas para argumentar, ressalto que a deliberação que converte um processo em tomada de contas especial não faz coisa julgada nem fixa definitivamente a matéria litigiosa que será desenvolvida no novo feito. A depender das diligências eventualmente realizadas, da análise preliminar efetivada pela unidade técnica e da própria resposta encaminhada em face das citações, poderão ser carreadas evidências de novos e diferentes danos perpetrados ao erário, os quais, por óbvio, serão objetos de nova citação antes da decisão de mérito a ser adotada.
28. Por mais esse motivo, não há que se falar em violação ao contraditório e à ampla defesa no presente feito, uma vez que os agentes administrativos da Prefeitura Municipal de Guarulhos e a empresa contratada foram regularmente chamados a se manifestar nos autos sobre a matéria controvertida, tendo sido expostos claramente, nos ofícios de citação, todos os fatos pertinentes aos indícios de irregularidades detectados.
29. No respeitante ao desequilíbrio econômico-financeiro ocorrido no contrato, a Construtora OAS Ltda. buscou defender a necessidade das modificações ocorridas no projeto, tendo invocado como causa a identificação de solos moles inicialmente não previstos, a falta de licenciamento ambiental das jazidas e o atraso na desapropriação e na remoção de favelas existentes. Segundo a responsável, os dois últimos fatos alteraram o método de execução e provocaram um incremento do quantitativo do serviço de transporte até 20 km.
30. Com relação à não liberação das jazidas, entendo que não há elementos nos autos para perquirir as causas reais da não expedição da licença ambiental no prazo adequado. Nesse sentido, não há como saber se tal fato foi ou não causado pela própria sociedade empresária, que pode não ter cumprido as condicionantes ambientais e/ou apresentado os documentos exigidos pelos órgãos ambientais.
31. Quanto à modificação do método de execução das obras, compreendo que a sequência de execução dos itens de terraplenagem não impacta por si só na definição dos quantitativos, a menos que, juntamente com este fato, tenha ocorrido uma alteração no diagrama de origem e destino de materiais, o que não foi demonstrado pela defesa. No caso, a liberação apenas do lado esquerdo do trecho, como alegado pela sociedade empresária, teria como única consequência a utilização das fontes de materiais e dos bota-foras previstos para a execução do lado esquerdo, o que afetaria apenas o cronograma de execução das obras, sem qualquer repercussão nos quantitativos da obra.
32. De todo modo, registro que a necessidade das modificações contratuais e as suas respectivas causas não guardam relevância para o deslinde da matéria, nem estão sendo questionadas por esta Corte de Contas neste feito. Ainda que tivesse sido comprovado o conjunto de fatos alegado

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

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 encontrava 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 defendentes.

36. Com relação à afirmação da Construtora OAS Ltda. de que não teria como prever as modificações no contrato, embora tal fato seja irrelevante para o deslinde da matéria, observo que a assertiva é contraditória com a documentação trazida aos autos pela própria responsável. Nesse sentido, transcrevo a seguinte passagem do parecer de autoria do Prof. José Tadeu Balbo: “*as discrepâncias ocorridas (alterações de quantitativos) são até esperadas para o caso, consideradas as evidentes complexas condições geotécnicas locais e o nível de detalhamento de projeto que serviu de parâmetro para o processo licitatório*”.

37. No tocante às assertivas de que não compete aos órgãos de controle discorrer sobre o preço justo de contratos administrativos e de que o preço adequado é o que decorre de certame licitatório regularmente processado, trazidas no parecer jurídico apresentado pela Construtora OAS Ltda., faço as seguintes considerações.

38. Os arts. 70 e 71 da Constituição Federal estabelecem que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

39. Dentre os aspectos que devem ser observados no exercício da aludida competência constitucional, o constituinte originário incluiu, além do exame da legalidade, legitimidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, a apreciação da economicidade da utilização de recursos federais, o que no caso de contratos administrativos envolve inevitavelmente a análise da conformidade do valor da avença com os parâmetros de mercado.

40. Ademais, a análise da conformidade dos preços praticados em contratos administrativos insere-se no próprio exame do princípio da legalidade, na medida em que a legislação reitora da matéria possui uma série de comandos pertinentes à necessidade de observância dos preços praticados no mercado, por ocasião das contratações públicas. Nesse sentido, colho os seguintes dispositivos da Lei 8.666/1993:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

IX - Projeto Básico - 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 os seguintes elementos: (...)

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, (...), promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; (Vide § 3º do art. 48)

41. Dessa forma, se os órgãos e entidades devem elaborar orçamento detalhado que possibilite a avaliação do custo da obra e, posteriormente, julgar a licitação segundo os preços do edital e do mercado, cabe ao Tribunal de Contas da União, na condição de órgão encarregado de exercer a fiscalização da correta aplicação dos recursos federais, verificar o estrito cumprimento dos comandos especificados na lei. Entender de forma diversa significa ignorar a própria lógica do controle, mediante a qual os entes jurisdicionados devem satisfazer ao controlador, que, por sua vez, tem o poder-dever de verificar a conformidade dos atos e contratos segundo as balizas legais e constitucionais.

42. Sendo assim, compete ao TCU, sim, verificar se os preços constantes do orçamento-base da licitação e, por consequência, dos contratos administrativos estão de acordo com os parâmetros de mercado e expressam o custo global adequado para a consecução do objeto.

43. Quanto ao argumento de que o preço adequado é o que decorre de certame licitatório regularmente processado, resalto que tal assertiva, além não estar de acordo com os dispositivos legais supramencionados, subverte a hierarquia dos atos de produção do Direito e impõe uma infundada preclusão do poder-dever de a Administração e os órgãos de controle, respectivamente, anular e determinarem anulação dos contratos eivados de vícios que os tornam ilegais.

44. Afirmar que o preço justo do certame é o da licitação e que não cabe mais discutir a sua adequação significa atribuir ao procedimento licitatório e ao contrato um caráter de rigidez que não se coaduna com a própria ideia de submissão à lei e ao Direito. Nesse sentido, o contrato assumiria o papel de escudo de eventuais ilegalidades cometidas na licitação, dentre elas a aceitação de preços acima dos praticados no mercado, o que possibilitaria a perpetuação de atos ilícitos. Por encerrar conclusão absurda, tal entendimento deve ser rechaçado.

45. Ademais, cabe ressaltar que o ordenamento jurídico somente dá guarida ao ato jurídico perfeito, assim entendido aquele que foi praticado segundo as premissas estabelecidas na lei. Porém, no presente caso concreto, não é possível sequer afirmar que o contrato decorreu de licitação regularmente processada. Nesse sentido, registro que o edital da licitação não previu critérios de aceitabilidade de preço unitário, fato que permitiu a aceitação da proposta da Construtora OAS Ltda. com significativos sobrepreços unitários frente aos preços da própria Prefeitura Municipal de Guarulhos e, posteriormente, a ocorrência de “jogo de planilha”.

46. Pelos motivos expostos, compreendo que os argumentos preliminares apresentados pelos responsáveis não merecem ser acatados.

I. 2 – Do valor do débito

47. No cálculo do débito, foram levantados quantitativos que haviam sido acrescidos, tendo sido utilizado o “método do desconto”, efetuado pela Secex/SP (peça 4, p. 58-146), o qual foi anuído no Acórdão 355/2007-Plenário, com a incorporação das medições mais recentes, nos termos do voto do Ministro Augusto Nardes.
48. A Secex/SP e, posteriormente, a SecobEnerg compararam os preços do Contrato 039/1999 com os especificados no próprio orçamento-base da licitação, os quais, por sua vez, foram obtidos na Tabela de Preços da Prefeitura Municipal de Guarulhos/SP. Posteriormente, a Secob confrontou os aludidos preços com os da Tabela Pini, adaptados com os insumos do Sinapi, contrapondo a defesa apresentada pela empresa contratada, e, por fim, comparou o preço do item mais relevante da amostra “01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km”, com os parâmetros do Sicro.
49. Conforme se verá adiante, a Secob, numa opção conservadora, manteve o paradigma inicial em relação aos quais os responsáveis foram citados, uma vez que ensejou um débito menor do que o obtido a partir do uso das referências sugeridas pela defesa.
50. Com relação ao valor do débito, registro, inicialmente, que parcela significativa do superfaturamento reside no pagamento do item “01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km” (segundo a SecobEnerg, tal item representa cerca de 95%). Tal fato decorreu do expressivo sobrepreço unitário constatado no serviço - estava 81,52% acima do orçado pela municipalidade – e do acréscimo de 138,07% ocorrido no quantitativo do serviço.
51. Por essa razão, houve extensa dilação no sentido de demonstrar a adequação do preço proposto pela contratada para o referido item, tendo sido apresentados argumentos e documentos por parte de todos os responsáveis, especialmente pela Construtora OAS Ltda., que, no âmbito de suas cinco manifestações, juntou três pareceres técnicos, todos suficientemente analisados pela SecobEnerg.
52. No essencial, observo que os pareceristas defenderam a adequação do preço unitário do item “01.04 - Remoção de terra além do 1º km até a DMT de 20 km” precipuamente em razão das condições especiais de produtividade advindas das dificuldades de realização da obra em área urbana e da ocorrência de intensas chuvas. Tais argumentos constituem, em essência, o cerne da defesa de todos os responsáveis ouvidos em citação, razão pela qual os apreciarei em conjunto, neste capítulo de meu voto.
53. No mérito, entendo, em consonância com a unidade técnica, que a argumentação e os pareceres carreados aos autos não lograram êxito no propósito de comprovar a adequação do preço praticado pela empresa contratada frente aos parâmetros de mercado. Dito de outra forma, não foram demonstradas concretamente as razões técnicas do afastamento do preço praticado com relação ao especificado no orçamento-base da licitação, o qual, por sua vez, se baseou na Tabela de Preços da própria Prefeitura Municipal de Guarulhos/SP.
54. A Construtora OAS Ltda. alegou a existência de peculiaridades na obra, mas não comprovou a sua ocorrência efetiva nem o seu real impacto financeiro no preço final do serviço. Desse modo, tais assertivas não se mostram aptas para infirmar o preço de referência adotado pela unidade técnica em sua análise, o qual, de maneira conservadora, foi o preço cotado pela própria Prefeitura de Guarulhos no orçamento-base da licitação.
55. Consoante demonstrado pela unidade técnica, foram identificadas várias inconsistências nos pareceres juntados aos autos, as quais comprometem a aceitação dos argumentos trazidos pelos defendentes.
56. No caso, houve erro no cálculo da produtividade do caminhão basculante, usado no parecer do Engenheiro Jaime Vicente Caserta Scatena, o qual foi causado pela utilização da capacidade máxima de carga do caminhão inferior à obtida pela multiplicação de seu volume (12 m³) pela massa específica do material solto (1,4 t/m³).

57. Ademais, o engenheiro adotou um fator de eficiência de 70% ($i = 0,70$) que se mostra bastante inferior aos do Sistema Sicro para obras de construção (0,83) e restauração (0,75), sem que fossem apresentados elementos robustos para justificar tal diferença. No caso, a unidade técnica considerou o último fator de eficiência, o qual já leva em conta uma maior interferência e, portanto, uma pior produtividade na execução dos serviços. Além disso, a SecobEnerg adotou, em sua análise, a velocidade média sugerida pelo parecerista contratado pela Construtora, ou seja, 30km/h, o que resultou numa produtividade de 168,00 t x km x h, bastante superior à especificado pela defesa.

58. Por fim, não restou justificada a escolha, no parecer do Engenheiro Jaime Vicente Caserta Scatena, do caminhão basculante diesel, com potência de 260 HP (194 kW), capacidade carga útil 16 t, caçamba 12 m³, nem justificada a adequação do seu custo horário operativo (R\$ 53,36), frente aos equipamentos disponíveis nos sistemas de referência - caminhão basculante Mercedes Benz L-2213/42, de 18 m³, 180 CV (R\$ 35,00) e caminhão basculante com capacidade 4 m³ / 11 t, potência 85,5 a 97,5 kW (R\$ 25,00).

59. Tais fatos depõem desfavoravelmente à adequação do preço de referência obtido pelo Engenheiro Jaime Vicente Caserta Scatena e pelos demais pareceristas, os quais, conforme aduzido pela unidade técnica, reproduziram os equívocos encontrados no primeiro documento.

60. A SecobEnerg também analisou o preço de referência trazido pela Construtora OAS Ltda. em sua primeira manifestação e verificou que se fosse adotado o paradigma invocado pela responsável – Tabela Pini – e expurgadas as inconsistências, o valor de referência (R\$ 11,25) seria ainda menor do que o da citação (R\$ 11,47).

61. Sendo assim, observo que o preço praticado pela Construtora OAS Ltda. (R\$ 20,82) encontra-se acima de diversos parâmetros suscitados pelas unidades técnicas, nas diversas instruções elaboradas no processo, quais sejam: do calculado pela Secob, com os ajustes na capacidade de carga, no fator de eficiência e no custo horário produtivo (R\$ 5,77); do encontrado no Sistema Sinapi (R\$ 6,39); do apresentado por duas das quatro licitantes (R\$ 11,00 e R\$ 11,30); do obtido da Tabela Pini adaptada; e do preço de referência orçado pela Prefeitura de Guarulhos (R\$ 11,47).

62. Por essas razões, além de tecnicamente adequados, julgo que os exames empreendidos pela Secex/SP e, por fim, pela SecobEnerg foram até conservadores, na medida em que consideraram como paradigma para a imputação do débito o preço orçado na licitação (R\$ 11,47), conforme indicado nos ofícios de citação.

63. Com relação aos demais serviços, observo que a Secex/SP se debruçou sobre as composições trazidas pela Construtora OAS Ltda. e, após corrigir as inconsistências constatadas, concluiu que os preços extraídos da Tabela da PINI com os custos do Sinapi ensejaram um superfaturamento superior ao que havia sido encontrado quando utilizados os preços de referência praticados na licitação. Por esse motivo, propôs manter o primeiro valor de superfaturamento em benefício dos responsáveis.

64. Posteriormente, a SecobEnerg apreciou os novos preços de referência dos serviços trazidos pela construtora, os quais foram elaborados pela PINI Serviços de Engenharia - Parecer Técnico PSE N° 14/2009. Após corrigir as várias inconsistências constatadas e usar a mesma metodologia de cálculo do débito especificada no Acórdão 355/2007-Plenário, conforme o Anexo III da penúltima instrução de mérito, a unidade técnica concluiu que o Contrato 39/1999 estaria superfaturado em R\$ 10.462.346,25 (data base junho/1999), valor superior ao inicialmente encontrado de R\$ 7.178.283,00 (data base junho/1999). Sendo assim, alvitrou novamente manter o primeiro valor de superfaturamento em benefício dos responsáveis.

65. À vista do exposto, reputo adequados os exames empreendidos pelas unidades técnicas, razão pela qual os incorporo às minhas razões de decidir. Da mesma forma, anuo os cálculos realizados acerca do desequilíbrio econômico-financeiro verificado no ajuste, os quais seguiram as diretrizes especificadas no Acórdão 355/2007-Plenário.

66. Sendo assim, julgo demonstrada a ocorrência de superfaturamento no Contrato 39/1999 em face de desequilíbrio econômico-financeiro no ajuste. Com isso, cabível a devolução da quantia de R\$ 2.299.229,00 (data base junho/1999), a qual corresponde à parcela federal do valor total do débito apurado pela unidade técnica, conforme as Tabelas 7 e 8 acostadas na peça 16, p. 19-26. Passo, então, ao exame da responsabilização.

II – Da responsabilização pelo débito

67. Conforme descrito acima, foram elevados os quantitativos de itens que apresentavam preços unitários superiores aos de mercado e reduzidos os quantitativos de itens com preços inferiores por meio de alterações contratuais informais posteriormente formalizadas pelo Termo Aditivo 3/2003, de 6/9/2003. Tal fato deu ensejo à ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 39/1999.

68. A SecobEnerg promoveu a citação dos Diretores de Obras e Secretários de Obras da Prefeitura Municipal de Guarulhos que, durante seus períodos de gestão, não adotaram providências e, portanto, permitiram a execução, a medição e o consequente pagamento de quantitativos de serviços acima dos especificados na planilha contratual, o que acarretou, posteriormente, a celebração de termo aditivo materializando a prática de jogo de planilha.

69. No que se refere ao estabelecimento do nexos de causalidade para fins de responsabilização, a doutrina e a jurisprudência acolhem majoritariamente a teoria do dano direto e imediato, também chamada teoria da interrupção do nexos causal, em detrimento da teoria da equivalência das causas e da teoria da causalidade adequada. Trata-se, inclusive, da teoria adotada pelo Código Civil, conforme reconhecido pelo STF no RE 130.764/PR, ainda na égide da codificação anterior:

"Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada."

70. Segundo a teoria da interrupção do nexos causal, entre as várias circunstâncias a que se reporta o resultado, causa é aquela necessária e mais próxima à ocorrência daquele. Nessa linha de raciocínio, entendo que, na presente situação concreta, o dano ao erário foi diretamente causado pela conduta omissiva dos agentes administrativos encarregados de supervisionar e gerenciar a obra, os quais, primeiramente, se abstiveram no dever de acompanhar a obra e evitar a sua execução em desconformidade com o contrato e, posteriormente, atuaram no sentido de viabilizar a assinatura do Termo Aditivo 3/2003 sem apontar a necessidade de promoção do reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

71. Dessa forma, na medida em que as suas condutas individuais foram determinantes para a ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, compreendo que os Srs. Artur Pereira Cunha, Douglas Leandrini, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Kimei Kunyoshi e Nelson Rodrigues Pandeló, na condição de Diretores de Obras e Secretários de Obras, estão diretamente envolvidos na cadeia causal do dano ao Erário, razão pela qual julgo presente o primeiro pressuposto para a responsabilização.

72. Outrossim, observo que a divisão de responsabilidades efetuada pela SecobEnerg se mostrou adequada, uma vez que imputou os débitos decorrentes das alterações contratuais segundo as datas das medições e os respectivos períodos de gestão dos Diretores de Obras e Secretários Municipais.

73. Em face da inobservância da planilha inicial contratada, deveriam os responsáveis ter adotado as medidas corretivas necessárias e não se manter passivos diante dos fatos, ainda mais

considerando os indícios facilmente identificáveis de “jogo de planilha”. Outrossim, cabe invocar a importância estratégica e social do empreendimento para o Município, o que exigia dos gestores envolvidos um acompanhamento mais próximo dos atos e fatos pertinentes à sua execução.

74. Sendo assim, a conduta esperada dos agentes administrativos encarregados da supervisão e do gerenciamento das obras era verificar atentamente a ocorrência de alterações no projeto e, por consequência, a modificação nos quantitativos de planilha contratual, de forma a evitar a ocorrência de desequilíbrio na equação econômico-financeira da avença. Não agindo dessa forma, todos os agentes citados atuaram com culpa, sendo devida a sua inclusão no rol de responsáveis. Por esse motivo, não assiste razão aos Srs. Artur Pereira Cunha, Douglas Leandrini, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Kimei Kunyoshi e Nelson Rodrigues Pandeló.

75. A Construtora OAS Ltda. aduziu não ter sido demonstrado elemento subjetivo doloso, o qual, segundo ela, seria necessário para a configuração da irregularidade. Acerca do tema, compreendo que a intenção de conferir vantagem indevida por parte dos agentes administrativos e dos prepostos da pessoa jurídica contratada não constitui elemento necessário para a caracterização do chamado “jogo de planilha”.

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

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

‘50. ...Por isso que a completa consideração dos efeitos das alterações de projeto não representa “oneração” ou “penalização” de quem quer que seja. Se, pela falta de delimitação dos preços unitários, as obrigações contratuais restaram desproporcionadas, o restabelecimento da simetria é imperativo.

51. Portanto, tem menos importância saber se o prejuízo sofrido pela administração decorre de um autêntico “jogo de planilha”, de um comportamento volitivo por parte da empresa contratada no sentido de fraudar a administração pública. É puro dever de justiça agir na defesa do equilíbrio financeiro do contrato, quaisquer que sejam as causas do desequilíbrio, tanto mais quando se tem na origem uma licitação irregular. E acima disto, é imposição legal combater sobrepreços. Enfim, não é preciso analisar a conduta da empresa para responsabilizá-la pelo ganho de lucros indevidos e excessivos.’”.

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

78. Diante da ausência de elementos aptos a configurar a boa-fé dos responsáveis, é cabível o julgamento pela irregularidade das contas dos Srs. Artur Pereira Cunha, Douglas Leandrini, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Kimei Kunyoshi e Nelson Rodrigues Pandeló e da Construtora OAS Ltda., além da imputação do débito total de R\$ 2.299.229,00, nas datas e na forma especificada na instrução da SecobEnerg.

79. Diante das considerações que exponho a seguir a respeito da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, deixo de aplicar a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 no presente caso concreto, em razão da ocorrência da prescrição.

80. Por fim, julgo necessário excluir do rol de responsáveis pelo débito os Srs. Roberto Yoshiharu Nisie, Valdir Antonucci Minto e Alexandre Lobo de Almeida, que foram citados por força do Acórdão 355/2007-Plenário. Conforme a análise preliminar da SecobEnerg por ocasião da realização das novas citações, não foi demonstrada a participação relevante dos aludidos agentes

administrativos na cadeia causal do dano, razão pela qual acato, no mérito, o exame empreendido pela unidade técnica.

III – Das demais irregularidades

81. Superada a análise do débito, passo ao exame das demais irregularidades que deram ensejo à audiência dos responsáveis.

82. Por constituir questão prejudicial ao exame do mérito das razões de justificativa apresentadas por todos os responsáveis, julgo necessário o exame da ocorrência ou não prescrição da pretensão punitiva do TCU.

83. Conquanto a Sra. Sueli Vieira da Costa tenha trazido argumentos semelhantes aos apresentados pelos Srs. Douglas Leandro e Kimei Kunyoshi, os quais invocaram o transcurso do prazo para a ação de ressarcimento da Administração Pública, argumento não aplicável à situação da responsável, cabe verificar a ocorrência ou não de prescrição relativa à aplicação de multa, por constituir questão de ordem pública passível de ser reconhecida de ofício pelo julgador se verificada no caso concreto.

84. De início, ressalto que não existe no ordenamento jurídico brasileiro norma expressa sobre o prazo prescricional para a imputação de sanção decorrente da atividade de controle externo. Trata-se, portanto, de evidente lacuna de nosso sistema jurídico, a qual deve ser preenchida por meio do recurso à analogia, ao costume e aos princípios gerais do Direito, conforme o art. 4º, do Decreto 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro).

85. Acerca do assunto, compreendo que não é estranha à atividade judicante o poder-dever de colmatar lacunas. Ouso afirmar, inclusive, que diante da natural impossibilidade de o Direito acompanhar precisamente a dinâmica dos fatos sociais, da incompletude do ordenamento jurídico e do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a integração faz parte do cotidiano de qualquer magistrado, visto que premido pelo poder-dever de dizer o direito no caso concreto.

86. Segundo Miguel Reale, o magistrado se desincumbe dessa tarefa correlacionando dois princípios jurídicos fundamentais: o de que o juiz não pode se eximir de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade da lei; e o de que, na omissão da lei, deve proceder como se fora legislador (REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito – Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70).

87. Dessa forma, diante da presença de lacunas, cabe ao magistrado e, **in casu**, o agente público encarregado da jurisdição administrativa de contas extrair do sistema a norma jurídica adequada à solução dos casos concretos submetidos à sua apreciação.

88. Com relação à matéria em discussão, registro, inicialmente, que a falta de norma jurídica sobre a prescrição da pretensão punitiva do TCU não significa, em absoluto, que o poder-dever de aplicar sanções seja imprescritível. Derivar tal inteligência, a meu juízo, seria desprezar uma das finalidades centrais do Direito, que é o oferecimento de segurança jurídica.

89. Nesse passo, invoco as palavras de Rafael Maffini, segundo o qual “*a necessidade de segurança jurídica afigura-se como uma das mais claras justificações da existência de um ordenamento jurídico, não sendo extremado afirmar que segurança e Direito relacionam-se com biunivocidade*.” (MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 23).

90. Dessa forma, compreendo que a regra é a prescrição da faculdade de exercício de um direito pelo seu titular. As situações de imprescritibilidade, por destoarem da ideia de segurança jurídica, resumem-se aos casos expressamente dispostos na legislação. **In casu**, como não há norma expressa nesse sentido na Constituição e na lei, compreendo que a pretensão punitiva desta Corte de Contas é sujeita à prescrição, devendo o julgador buscar no sistema jurídico a regra de decisão.

91. Nesse passo, invoco o entendimento que proferi por ocasião da prolação do Acórdão 1314/2013-Plenário. Na oportunidade, defendi a tese de que a aplicação de multa por parte deste Tribunal está sujeita ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos, a contar da data em que os fatos tidos como irregulares se tornaram conhecidos no âmbito desta Corte de Contas, com a interrupção, o reinício da contagem do prazo e a incidência da prescrição intercorrente a partir da audiência ou citação válidas.

92. Para chegar a essa conclusão, fiz uso da analogia com várias normas de Direito Público, especialmente com o art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992 e consignei que a jurisprudência até então adotada por este Tribunal - prazo decenal segundo o Código Civil -, não se mostra adequada, na medida em que busca a integração a partir de norma essencialmente disciplinadora das relações jurídicas privadas.

93. Reproduzo adiante excerto dos fundamentos jurídicos invocados no voto condutor do referido **decisum**:

“22. Evoluindo entendimento anteriormente esposado em outras situações, devo admitir que a falta de disposição legal a respeito do tema na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) implica extrair-se do próprio Direito Administrativo, dada a sua independência científica, as bases para a integração dessa lacuna, que impacta diretamente o poder sancionador desta Corte de Contas. Seguindo tal raciocínio, penso que se há prazo próprio em ramo autônomo do Direito Público não há porque se insistir no uso, por meio da analogia, de norma essencialmente disciplinadora das relações jurídicas privadas.

23. Sendo assim, fazendo uso de tal critério de integração, entendo que o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em lei deve mesmo ser o de cinco anos, conforme previsto em diversas normas de direito público, a exemplo do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990, do art. 1º do Decreto 20.910/1932, do art. 174 do Código Tributário Nacional, do art. 1º da Lei 9.873/1999 e art. 1º da Lei 6.838/1980 e do art. 46 da Lei 12.529/2011. (...)

26. (...) penso existir, dentre as normas de direito público mencionadas, maiores semelhanças da atividade de controle externo com a persecução sancionatória empreendida em face da Lei de Improbidade Administrativa, razão pela qual reputo adequada, para fins de estipular o marco inicial de contagem do prazo prescricional, a utilização da Lei 8.429/1992.

(...)

29. Sendo assim, julgo adequado que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional com vistas à aplicação das multas do art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992 seja a data em que os fatos tidos como irregulares se tornaram conhecidos no âmbito deste Tribunal.”.

94. Ademais, cabe registrar que o Ministro Luís Roberto Barroso, em recente decisão cautelar lavrada em sede de mandado de segurança interposto contra ato desta Corte de Contas (MS 32.201/DF), considerou a incidência do prazo quinquenal às multas aplicadas pelo TCU. Embora o marco inicial da contagem do prazo prescricional tenha sido distinto do por mim defendido no presente feito, compreendo que o referido posicionamento constitui um sinal importante da evolução jurisprudencial sobre a inaplicabilidade do Código Civil às sanções desta Corte de Contas.

95. Sendo assim, aplicando o entendimento do Acórdão 1314/2013-Plenário ao presente caso concreto, observo que os fatos em razão dos quais os responsáveis foram ouvidos em audiência foram conhecidos pelo Tribunal, por ocasião da auditoria realizada nas obras em exame, em julho/2003. Todos os responsáveis foram ouvidos em audiência em novembro/2003, à exceção da Sra. Sueli Vieira da Costa, que foi chamada aos autos somente em dezembro/2010.

96. Nesse ponto, observo que a renovação das audiências em 2007 não tem o condão de novamente interromper a prescrição das sanções punitivas, em prejuízo dos responsáveis anteriormente

ouvidos por este Tribunal, porquanto não houve qualquer nulidade nas medidas processuais anteriores nem alteração dos fatos submetidos ao contraditório.

97. Dessa forma, verifico que todas as multas estão prescritas, seja em razão da incidência da prescrição intercorrente, no caso dos Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello, Alexandre Lobo de Almeida, Artur Pereira Cunha, Carlos Eduardo Corsini, Douglas Leandrini, Fernando Antonio Duarte Leme, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Jovino Cândido da Silva, Kimei Kunyoushi, Roberto Yoshiharu Nisie, Valdir Antonucci Minto e Vânia Moura Ribeiro, considerando que foram ouvidos em 2003 e até a presente data não houve julgamento, seja em face da prescrição propriamente dita, no caso da Sra. Sueli Vieira da Costa, que foi ouvida em audiência em 2010, ou seja, sete anos após o conhecimento dos fatos.

98. Caso fosse aplicada a regra de prescrição decenal, com interrupção e reinício da contagem do prazo na data da notificação dos responsáveis, as multas alusivas às irregularidades suscitadas nos ofícios de audiência teriam prescrito, à exceção dos fatos suscitados no Ofício 724/2010/TCU-Secob-3 (peça 14, p. 134).

99. Nesse caso, a Sra. Sueli Vieira da Costa foi notificada do aludido expediente em 6/12/2010, antes do transcurso de 10 anos da vigência do Código Civil de 2002 (segunda a regra de direito intertemporal estabelecida em seu art. 2.028). Com a interrupção da prescrição e o reinício da contagem, não houve a incidência da prescrição da pretensão punitiva quanto ao fato aduzido no referido ofício. Entretanto, conforme se verá adiante, não será proposta multa à Sra. Sueli Vieira da Costa tendo em vista a não comprovação da ocorrência da irregularidade.

100. De todo modo, alerta para a necessidade de o TCU apreciar, no próprio processo de fiscalização ou em autos apartados, sem aguardar o desfecho do processo de tomada de contas especial, os achados que não tenham conexão com outras irregularidades relacionadas à eventual ocorrência de débito. Tal medida se mostra importante para evitar a incidência de prescrição da pretensão punitiva, principalmente em processos complexos em que há um grande número de responsáveis e uma extensa dilação probatória sobre a ocorrência ou não do débito.

101. Dessa forma, sugiro a remessa de cópia da presente deliberação, juntamente com o relatório e o voto que a subsidiam, à Segecex para que oriente suas unidades subordinadas acerca da necessidade de adoção de medidas de organização processual adequadas, de forma a evitar a incidência da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal.

102. A despeito da ocorrência de tal questão preliminar, examinarei o mérito das razões de justificativas apresentadas, tendo em vista o princípio da eventualidade.

103. Com relação à irregularidade “autorizar e/ou homologar a abertura da licitação sem previsão orçamentária suficiente para arcar com o custo da obra no exercício vigente”, entendo que a despeito do descumprimento da norma legal cabe considerar o presente achado, excepcionalmente, como falha de caráter formal, ante a inexistência de interrupção e atrasos relevantes no cronograma de execução das obras em razão de tal fato.

104. No respeitante à irregularidade “aceitar o descumprimento do cronograma físico sem a formalização de justificativa”, compreendo, na mesma linha de argumentação do achado anterior, que o presente fato também possui a natureza de impropriedade de caráter formal, não sendo cabível a aplicação de multa.

105. Quanto à irregularidade “admitir proposta de empresa licitante com distorções nos preços unitários de até 785% em relação ao preço de mercado, sem qualquer questionamento”, entendo que os integrantes da Comissão de Licitação seguiram as regras editalícias, as quais somente previram critérios de aceitabilidade de preço global.

106. Dessa forma, em linha de consonância com a SecobEnerg e considerando, ainda, que a jurisprudência do TCU acerca da obrigatoriedade de fixação de critérios de aceitabilidade de preços

unitários ainda não havia se consolidado, à época da realização da licitação, em 1998, julgo adequado acatar as razões de justificativas trazidas pelos responsáveis e afastar, no mérito, a ocorrência de irregularidade.

107. No tocante à irregularidade “ter autorizado a modificação do Contrato 39/1999, celebrado entre o Município de Guarulhos/SP e a Construtora OAS Ltda.”, observo que as alterações informais no ajuste ocorreram a partir de dezembro de 1999, mas a Sra. Sueli Vieira da Costa, que foi ouvida em audiência acerca do presente fato, foi Secretária Municipal apenas no período equivalente à atestação e ao pagamento da 4ª Medição. Dessa forma, e considerando ainda a inexistência de débito aos cofres da União neste período específico, conforme o anexo I da primeira instrução de mérito da SecobEnerg, reputo pertinente acatar excepcionalmente as razões de justificativa apresentadas.

108. Com relação às irregularidades (i) “dar início e/ou prosseguimento à execução da obra sem obter as licenças ambientais pertinentes” e (ii) “aceitar indevidamente alterações de projetos e especificações, de maneira informal e atestar boletins de medição com serviços não previstos no contrato”, anuo a análise de mérito efetivada pela SecobEnerg, acrescentando como fundamento, o segundo fato constitui causa remota do dano verificado ao Erário Federal.

109. Por esse motivo, seria cabível a imputação de multa aos Srs. Airton Tadeu de Barros Rabello e Sueli Vieira da Costa, ex-Secretários de Obras de Guarulhos, em razão da primeira irregularidade aduzida no item anterior, e aos Srs. Roberto Yoshiharu Nisie, Valdir Antonucci Minto, Douglas Leandrini, Alexandre Lobo de Almeida e Jorge Luiz Castelo de Carvalho, então engenheiros fiscais, tendo em vista o segundo achado. Porém, considerando a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, cabe reconhecer a aludida causa de extinção da punibilidade.

IV – Dos elementos adicionais de defesa

110. Quando o processo estava em meu Gabinete, sobreveio expediente encaminhado pela Construtora OAS Ltda., solicitando a concessão de prazo para a apresentação de elementos adicionais sob o argumento de que ela havia obtido documentos que estavam apreendidos no Poder Judiciário, os quais poderiam auxiliar em sua defesa.

111. Em nome dos princípios da ampla defesa e do contraditório e diante das circunstâncias excepcionais relatadas, concedi, por despacho, o prazo solicitado. Posteriormente, a sociedade empresária ingressou com nova documentação, a qual foi analisada pela SecobEnerg.

112. A unidade técnica analisou detalhadamente a nova defesa apresentada e registrou que os argumentos trazidos apenas rebatiam diretamente pontos de sua última instrução e não tinham relação com os processos apreendidos. Por fim, concluiu que os argumentos técnicos apresentados já haviam sido considerados nas análises anteriores e que os elementos trazidos não inovavam nem eram capazes de alterar a conclusão anterior.

113. Acerca do assunto, manifesto-me de acordo com a conclusão da unidade técnica, sem prejuízo das seguintes considerações.

114. Observo que o fator de eficiência adotado no novo demonstrativo do custo do serviço trazido pela defesa (0,56) destoa bastante dos valores anteriores apresentados e do parâmetro mínimo especificado pelo Sistema Sicro (0,75). No caso, os novos cálculos tomaram por base a incidência sobre o fator de eficiência de percentuais de paralisação decorrentes da chuva (perdas) específicos para cada mês, os quais não encontram suporte em documentação comprobatória, a exemplo de diários de obras e/ou anotações da fiscalização.

115. Ademais, ainda que se comprovassem os dias efetivamente parados, registro que a ocorrência de chuvas, segundo o Manual do Sistema Sicro (volume 1), não impacta sobre os custos operativos dos serviços de movimentação de terra. Nesse ponto, transcrevo o seguinte excerto do referido manual:

“Os conceitos e o modelo matemático adotados no cálculo dos preços unitários consideram dois períodos de tempo diferentes na atuação dos equipamentos: a hora operativa e a hora improdutivo. Durante a hora operativa, o equipamento está operando normalmente, sujeito às restrições que são levadas em conta quando se aplica o fator eficiência. Na hora improdutivo, o equipamento está parado, com o motor desligado, aguardando que o equipamento que comanda a equipe permita-lhe operar.

Em consequência desses conceitos, o custo horário operativo é calculado somando-se os custos horários de depreciação, operação, manutenção e mão-de-obra. O custo horário improdutivo é igual ao custo horário da mão-de-obra. Não se consideram os outros custos, pois se admite que estes ocorram somente ao longo da vida útil, expressa em horas operativas.” (grifos acrescentados)

116. Dessa forma, conforme a metodologia de orçamentação do Sicro, eventuais paralisações decorrentes de chuvas impactam apenas no custo improdutivo, já que, estando a máquina parada e desligada, o único custo acrescido é o da mão de obra que está aguardando o reinício dos trabalhos.

117. Sendo assim, as reduções sobre a eficiência aduzidas pela defesa devem ser consideradas com reservas, precipuamente em razão da fragilidade da documentação comprobatória e do não reconhecimento do impacto do “fator chuvas” sobre os custos operativos pelo Sicro.

118. Com relação ao custo horário operativo do caminhão basculante, registro que ele já inclui as despesas de operação, motorista, combustível e manutenção, conforme a transcrição acima. Por esse motivo, não cabe a crítica efetuada pela defesa ao paradigma adotado pela SecobEnerg, não assistindo razão ao defendente.

119. Por fim, ainda que se adotasse o fator de eficiência sugerido pela Construtora OAS Ltda. (0,56), o que se admite apenas para argumentar, o novo valor do preço de referência ainda seria menor do que o adotado pela SecobEnerg quando da citação. Mantidos todos os valores indicados pela SecobEnerg, à exceção do fator de eficiência ($b=16$ ton; $g = 1,00$; $h=1,00$; $i=0,56$; $t=30$ km/h; densidade do material natural= $1,70$ t/m³; custo horário do caminhão = R\$ 35,00; e BDI=35%), o preço unitário paradigma passaria para R\$ 11,36, o qual é inferior ao valor utilizado nos ofícios de citação (R\$ 11,47).

120. Dessa forma, não tendo sido apresentados elementos hábeis a desconstituir os parâmetros de preços adotados e a quantificação do débito realizada pela SecobEnerg, cabe a imputação do débito à sociedade empresária citada, em face dos argumentos colacionados nos capítulos I e II deste voto.

121. Ante todo o exposto, acolhendo parcialmente os pronunciamentos anteriores, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de novembro de 2013.

BENJAMIN ZYMLER
Relator