

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelos Procuradores da República José Alfredo de Paula Silva e Raquel Branquinho P. Mamede Nascimento, ajuizou, em 16/01/2006, Ação Civil Pública para Ressarcimento de Danos Causados ao Erário, contra a CONSTRUTORA OAS LTDA e a UNIÃO, objetivando “a declaração de nulidade de todos os Contratos e Aditivos firmados entre a União/STJ e a empresa OAS Ltda.”, bem como, “a condenação da ré OAS ao ressarcimento do montante apurado a título de sobrepreço no Parecer 015/05, no valor de **R\$71.319.078,50 (setenta e um milhões, trezentos e dezenove mil, setenta e oito reais e cinqüenta centavos)**, devidamente atualizado”, em virtude de irregularidades constatadas no processo de licitação e na execução da obra referente à construção da sede do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

2. Em 08 de novembro de 2010, o MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Antônio Corrêa, julgou improcedentes os pedidos, com o seguinte dispositivo (fls. 1545/1579):

Em face do exposto, aplico o artigo 269, incisos I e IV do Código de Processo e resolvo o mérito.

Julgo improcedentes os pedidos, amparado nos artigos 269, inciso I e IV, 295, inciso II do Código de Processo Civil e 205, parágrafo 3º, incisos V e VI do Código Civil, (a) declarando que falta legitimidade ao autor para propor a ação porque cuida de negócio jurídico e o fundamento é de inexecução da obrigação, não configurando ilícito absoluto; (b) não ficou provado que a legitimada passiva tenha interferido nos atos administrativos que aprovaram aditivos e nos pagamentos e, (c) prescrito o direito buscado com a ação, porque a natureza jurídica do pedido é de repetição de indevido, cujo prazo está disciplinado pela lei Civil.

A questão da sucumbência, em face de ter decaído do processo, é tormentosa. O Ministério Público Federal é órgão da União. Esta participa da relação processual e postulou a improcedência. Esse contraste de entendimento não inibirá a imposição da sucumbência, porque o órgão tem orçamento definido para seus gastos e deve conter rubrica destinada a suportar condenações judiciais.

Aplico o artigo 20,§4º, do Código de Processo Civil e condeno o vencido a pagar honorários advocatícios decorrentes da sucumbência que arbitro em R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser repartido entre as partes vencedoras.

3. Apela o Ministério Público Federal, em fls. 1586/1599, sustentando tratar-se de contrato administrativo, que, diversamente dos contratos de direito civil, rege-se por regras próprias, estabelecidas no caput do art. 37 da Constituição Federal e na Lei 8.666/93, tendo como parâmetros de sua execução a legalidade, economicidade e eficiência, sob pena de ressarcimento ao erário do prejuízo causado ao particular, que, no caso, decorre do enriquecimento sem causa da empresa ré, decorrente da cobrança, a maior, do valor efetivamente devido pelo órgão público contratante.

Aduz ser imprescritível o direito de ação, estando a sentença em completa dissonância com o entendimento pacífico da jurisprudência e da doutrina sobre o tema. Alega que o ressarcimento ao erário buscado na presente ação encontra amparo no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, não se lhe aplicando a prescrição.

<<CERT>>

Nº Lote: <<LOTE>> - 2_0 - <<PROCESSO>> - <<MATRICULA>>

Afirma, ainda, que, a teor da Súmula 329 do STJ, tem o Ministério Público Federal legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público, que, no presente caso, consiste no dano causado ao erário pelo recebimento indevido de valores pagos à empresa ré.

Alega que, a despeito da decisão final do TCU, que entendeu pela regularidade dos procedimentos de seleção, contratação e execução das obras de construção da sede do STJ, várias foram as irregularidades ocorridas, desde o processo licitatório até a execução dos serviços.

Afirma que tais irregularidades foram apontadas pela 3^a Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, que teria constatado vícios nos dois contratos e seus respectivos aditivos, celebrados entre o STJ e a OAS, levantando indícios de ocorrência de superfaturamento de aproximadamente U\$ 20 milhões (vinte milhões de dólares americanos) nos preços praticados pela referida empresa. Aduz que a 5^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, através de seu analista de engenharia, também concluiu pela irregularidade dos certames.

Insurge-se o apelante contra a fundamentação da sentença de que o superfaturamento dos preços e insumos que elevaram o custo da obra resultou do contexto vivido à época, de grave crise econômico-financeira e inflação em alta. Argumenta que a crise financeira era fato notório à época, e, por esta razão, de riscos prevíveis, cabendo à apelada agir com cautela, a fim de prever tais indefinições econômicas quando da elaboração de sua proposta, o que não foi feito. Em razão disso, por ter recebido valores superiores ao devido, entende que a OAS deve ser condenada a restituir aos cofres públicos toda a quantia auferida em excesso, sob pena de enriquecimento sem causa.

Requer, também, a modificação da sentença no ponto em que considerou juridicamente impossível o pedido de declaração de nulidade de todos os contratos e aditivos firmados entre a União/STJ e a Construtora OAS Ltda, posto que já concluída a obra. Afirma não poder ser considerado válido um contrato eivado de irregularidades e que causou prejuízos aos cofres públicos, ainda mais quando não foi observado o binômio custo-benefício a constar nas contratações públicas.

Afirma que a Construtora OAS sagrou-se vencedora do certame por ter apresentado menor preço e menor prazo de execução da obra, porém, nenhum dos dois pontos foi observado quando da execução do contrato, posto que o prazo fora ultrapassado e o valor fora reajustado, o que só gerou prejuízos para a Administração Pública.

Por fim, alega a impossibilidade de condenação do Ministério Público Federal ao pagamento de honorários advocatícios. Afirma que a jurisprudência é uníssona no sentido da inadmissibilidade de condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios em Ação Civil Pública, salvo comprovada má-fé na sua atuação, o que não é o caso.

4. Contrarrazões da União, em fls. 1602/1671, pugnando pelo não provimento do recurso.

Aduz que (fls. 1671):

Verifica-se, portanto, por todo o acima exposto, que nenhuma irregularidade ou dano ao erário ocorreu, e que tudo foi devidamente analisado e aprovado pelo TCU, do contrário àquela Corte de Contas não teria aprovado as contas da construção como o fez, sendo assim, improcedentes todos os argumentos colacionados, e consequentemente os pedidos autorais, devendo a sentença de primeiro grau ser mantida em sua integralidade.

5. A Construtora OAS LTDA apresentou contrarrazões, em fls. 1673/1762, requerendo a manutenção da sentença nos exatos termos em que foi proferida.

Em caso de discordância com as teses da sentença, pugna pelo seguinte (fls. 1761/1762):

- a) o feito deve ser extinto, sem julgamento de mérito, por conta da manifesta inépcia da inicial, nos termos do disposto no artigo 267, inciso VI c/c art. 295, I e parágrafo único, I e III, do Código de Processo Civil;
- b) deve ser reconhecida a prescrição, em face dos demais fundamentos expostos na contestação e nesta peça, sendo o processo extinto, com julgamento de mérito, com arrimo no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil;
- c) na remota hipótese de os pontos anteriores não serem acolhidos, e se adentre no mérito, não restarão dúvidas de que razão não assiste ao autor, devendo ser julgados improcedentes os pedidos da inicial.

6. Nesta instância, o Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República José Elaeres Marques Teixeira, opina pelo provimento da apelação (fls. 1768/1801).

7. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. Como relatado, cuida-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial, que objetivava a declaração de nulidade dos Contratos e Aditivos firmados pela União/STJ com a Construtora OAS LTDA, para construção do prédio do Superior Tribunal de Justiça, bem como a condenação da Construtora-Ré ao ressarcimento do montante apurado a título de sobrepreço, no valor de R\$ 71.319.078,50 (setenta e um milhões, trezentos e dezenove mil, setenta e oito reais e cinqüenta centavos), devidamente atualizado. Considerou o magistrado faltar legitimidade ao autor para propor a ação, ao entendimento de que não se trata de ilícito absoluto, mas, sim, de inexecução de obrigação de um negócio jurídico. Entendeu que não ficou provado que a Construtora OAS tenha interferido nos atos administrativos que aprovaram os aditivos e nos pagamentos. Declarou prescrito o direito vindicado, ante a natureza jurídica do pedido, de repetição de indébito, cujo prazo está disciplinado pela lei Civil. Condenou, ainda, o Ministério Público Federal a pagar honorários advocatícios no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser repartido entre os vencedores (Construtora OAS e União).

2. Analiso, inicialmente, a alegação de prescrição acolhida pela sentença.

A prescrição é questão de ordem pública e, em qualquer dos campos do direito, tem como fundamento lógico o princípio geral de segurança das relações jurídicas e, como tal, é a regra, sendo a imprescritibilidade situação excepcional. A própria Constituição Federal de 1988 tratou do tema para prever as únicas hipóteses em que se admite a imprescritibilidade, garantido, em sua sistemática, o princípio geral da perda da pretensão pelo decurso do tempo.

O art. 37, §5º, da Constituição Federal dispõe que as ações de ressarcimento ao Erário são imprescritíveis e que o prazo prescricional dos atos ilícitos será disciplinado por lei, **in verbis:**

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

*§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**".*

A sentença apelada, *in casu*, foi de encontro à doutrina e jurisprudência já consolidadas, no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, pelo que merece reparos no ponto em que declarou prescrito o direito de ação do Ministério Público. Colham-se os seguintes precedentes:

2. Sobre a prescrição, propõe-se o seguinte esquema: a) a ação (pretensão estatal) de ressarcimento ao erário é imprescritível (STF. Pleno. MS 26.210-9/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 10/10/2008); b) "por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial" (STJ. 2ª Turma. Resp 894539/PI. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJe 27/08/2009). (AC 2005.39.00.002883-2/PA, Rel. Juiz Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 de 18/04/2012, p. 13).

1. Ocorrendo a prescrição da sanção pelo ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 23, I e II, da Lei 8.429/1992, a reparação do prejuízo, que é imprescritível, deverá ser buscada em ação autônoma. (AC 2009.39.00.012485-6/PA, Juiz Federal

Convocado Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, Terceira Turma, e-DJF1 de 20/04/2012, p. 290).

Afasto, portanto, a prescrição.

3. Também merece reparo a sentença, no ponto em que entendeu pela falta de legitimidade ao Ministério Público Federal para propor a ação, por tratar-se de negócio jurídico, não configurando ilícito absoluto.

De acordo com o inciso III do art. 129 da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Portanto, o Ministério Público é o guardião da ordem jurídica, cabendo, desse modo, também velar pelo patrimônio público, devendo adotar as medidas cabíveis para o resarcimento do Erário.

A ofensa ao patrimônio público constitui sempre ofensa a interesse coletivo. Logo, o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando o resarcimento do dano causado ao erário, por afetar interesse coletivo.

Encontra-se, portanto, legitimado ativamente o Ministério Público Federal, para propor a presente ação civil pública de resarcimento de danos ao erário.

4. Com relação ao mérito propriamente dito, contudo, entendo não merecer guardada a tese levantada pelo autor, de que a Construtora OAS tenha se locupletado de valores decorrentes de pagamento, a maior, por parte da União, quando da celebração do contrato para construção da sede do Superior Tribunal de Justiça, devendo ser declarado nulo o aludido contrato e condenada a Construtora-Ré a devolver o valor indevidamente recebido.

As razões trazidas na presente apelação concentram-se no argumento de que, a despeito da decisão final do Tribunal de Contas da União, que entendeu pela regularidade dos procedimentos de seleção, contratação e execução das obras de construção da sede do Superior Tribunal de Justiça, várias foram as irregularidades ocorridas, desde o processo licitatório até a execução dos serviços.

Entendo, nesse ponto, que a decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União, após análise de toda a documentação referente à licitação, contrato e aditivos celebrados, merece ser prestigiada, estando o Ministério Público Federal a lançar meras suposições, mormente quando afirma que (fls. 1594 verso):

*Note-se que esta **deliberação final do TCU** encontra-se em clara contradição com as constatações da equipe técnica do próprio Tribunal transcritas na petição inicial, evidenciando que a posição adotada teve a finalidade de evitar um grande constrangimento ao Poder Judiciário ao impor ao STJ o regime de Tomada de Contas Especial que, certamente, teria individualizado o montante indevidamente pago à empreiteira, bem como apurado as responsabilidades pelas ilicitudes ocorridas, com vantagem da contemporaneidade da apuração em relação aos fatos investigados. (grifei)*

Está o autor a afirmar que o Plenário do Tribunal de Contas da União considerou regulares os procedimentos de seleção e execução da obra apenas para evitar constrangimento ao Poder Judiciário, mas, que, na verdade, tais procedimentos foram ilegais e encontram-se eivados de ilicitudes?!? Incrível!!!

A Decisão nº 753/96, do Plenário do Tribunal de Contas da União (fls. 218/219), é de seguinte teor, *verbis*:

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso II e § 1º, e 43 da Lei nº 8.443/92, c/c o disposto no art. 194, § 1º, do Regimento Interno, DECIDE:

8.1. acolher os esclarecimentos apresentados pelos responsáveis quanto aos questionamentos suscitados na inspeção extraordinária realizada com o fito de verificar a legalidade e economicidade dos procedimentos administrativos relativos à construção da sede do Superior Tribunal de Justiça para considerar regulares os procedimentos de seleção e execução da referida obra;

8.2. determinar a juntada destes autos às contas do referido Tribunal, referentes ao exercício de 1992 (TC-009.513/93-0), fazendo anexar cópia desta Decisão e do Relatório e Voto que a fundamentam às contas daquela Corte, relativas aos exercícios de 1993 (TC-008.547/94-7), 1994 (TC-006.986/95-1) e 1995 (TC-006.719/96-1), para subsidiar os respectivos exames; e

8.3. encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, aos Senhores Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Superior Tribunal de Justiça.

Em seu voto, o Ministro Relator Carlos Átila Álvares da Silva assim fundamentou sua decisão (fls. 242/243):

De notar que a 3^a SECEX não acolheu, em seu último exame, as justificativas oferecidas pela Construtora OAS Ltda, tendo a Titular da Unidade Técnica concluído o seu parecer (fl. 410) nos seguintes termos, in verbis:

“Assim sendo, para que possam ser adotadas as medidas necessárias ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, conforme preconizado pelo MP/TCU no Parecer de fls. 249/294, proponho que o presente processo seja transformado em Tomada de Contas Especial (item 3 da conclusão), com vistas à citação dos responsáveis arrolados às fls. 285/288, solidariamente com os representantes legais da Construtora OAS, bem como sejam realizadas as audiências complementares sugeridas pelo MP/TCU (item 2 da referida conclusão).”

Entretanto, o próprio Representante do Ministério Público, autor do parecer que levou à audiência da construtora, em seu judicioso pronunciamento de fls. 468/476, transcrito na íntegra no relatório que antecede este voto, analisa as razões de justificativa apresentadas pela Construtora OAS Ltda., bem como os esclarecimentos complementares oferecidos pelos responsáveis e chega à conclusão de que, **in verbis**:

“Em face das peculiaridades relacionadas ao objeto do contrato, que resultaram em enormes dificuldades no seu desenvolvimento e, principalmente, no seu detalhamento, e tendo em vista a conduta dos responsáveis que sempre visaram à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, o Ministério Público retifica sua posição consignada nos pareceres anteriores, dispensando-se as diligências, audiências prévias e citações solicitadas. Manifesta-se, portanto, pela regularidade e correta aplicação dos recursos relativos à construção da sede do E. Superior Tribunal de Justiça.”

O Senhor Subprocurador-Geral chegou a essa conclusão à vista dos “argumentos de ordem técnica, assentados em situações fáticas concretas, ...” contidos na documentação por último encaminhada por responsáveis arrolados nos autos. Documentação essa não presente no processo por ocasião das anteriores manifestações do MP/TCU.

Dessa forma, embora tenha assinalado que mantém o seu entendimento antes firmado, quanto à extração dos limites de dispensa de licitação

em determinados atos, ressalta, agora, que a complexidade e as peculiaridades da obra levam ao entendimento de que qualquer outra forma de atuação que fosse escolhida pela Administração do STJ implicaria ônus superior ao efetivamente verificado. Assim, entende Sua Excelência que foi devidamente atendido o “princípio da economicidade”, também presente no dispositivo constitucional que trata da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União (art. 70).

No meu entender assiste razão ao Representante do Ministério Público. Na análise dos atos relativos à construção da sede do STJ, em razão da complexidade e do vulto da edificação, devem ser considerados os aspectos e as situações peculiares, ressaltados no parecer de Sua Excelência, e que não se encontram presentes em uma obra comum.

De outra parte, as alegações de defesa e informações encaminhadas pelos responsáveis, devidamente documentadas, comprovam não ter havido, por parte da Administração do STJ, qualquer intenção de fraude ou dolo. Tampouco existem nos autos indícios de que, em razão das falhas e impropriedades verificadas, possa ter ocorrido locupletamento com recursos públicos por parte dos responsáveis arrolados. Além disso, não se pode falar em dano ao Erário já que se verificou ter sido plenamente atendido o princípio constitucional da economicidade.

O custo da obra, obtido pela empresa Pini Sistemas Ltda, a partir da homogeneização dos custos unitários relativos de todos os contratos e aditivos pertinentes, totalizou, em novembro /95, cerca de US\$176,3 milhões (fl. 384), resultando em um custo unitário, em moeda nacional, de R\$ 1.275,12/m². Esse valor, conforme explica a mencionada empresa (fl. 388), encontra-se dentro da faixa de preço estabelecida para obras de características e de porte comparáveis, que vai de R\$970,00/m² a R\$1.590,00/m².

Por último, devo consignar que as contas anuais do STJ, relativas aos exercícios de 1992 a 1995, encontram-se sobrestadas em seu exame, aguardando a solução final a ser dada a estes autos.

Ante todo o exposto, na linha do parecer do Ministério Público, acolho as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis e proponho, nos termos do § 1º do art. 194 do Regimento Interno deste Tribunal, a juntada do processo (TC-003.236/94-3) às contas anuais do órgão, referentes ao exercício de 1992, para exame em conjunto e em confronto, fazendo-se anexar cópia deste voto, do relatório precedente e da decisão a que chegar o Colegiado, às contas do STJ relativas aos exercícios de 1993 a 1995, para subsidiar o seu exame.

Igual desfecho deverá ser dado ao TC-015.813/95-9, haja vista que as impropriedades ali apontadas são da mesma natureza e estão relacionadas com aquelas tratadas no TC-003.236/94-3, cujas justificativas dos responsáveis são agora acolhidas.

E, finalmente, entendo que para dar cumprimento à Decisão nº 554/93-TCU – Plenário, decorrente de solicitação oriunda de Comissão Mista Parlamentar de Inquérito do Congresso Nacional (ver 3º parágrafo do relatório precedente), deverá ser comunicada ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados a decisão que vier a ser adotada pelo Tribunal nestes autos.

Ante todo o exposto, VOTO por que o Tribunal de Contas da União adote a DECISÃO que ora submeto à consideração deste Plenário.

Verifica-se, pois, que o TCU analisou todo o conjunto probatório, convencendo-se da retidão dos procedimentos, ante as explicações fornecidas pela Construtora e levando em consideração a complexidade e o vulto da edificação, além da afirmação do próprio representante do Ministério Público Federal, em atuação no Tribunal de Contas da União, que entendeu restar atendido o princípio da economicidade, não havendo que falar de dano ao erário passível de ressarcimento.

Improcedente, portanto, a ação civil pública proposta.

5. Finalmente, com relação à alegação de impossibilidade de condenação do Ministério Público Federal ao pagamento de honorários advocatícios, entendo assistir razão ao apelante.

Com efeito, não há que se falar em condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais quando no exercício de suas funções institucionais, mormente quando não configurada má-fé na sua atuação. Em igual sentido, inúmeros precedentes jurisprudenciais, *verbis*:

1. *O Ministério Público não se sujeita, no âmbito da ação civil pública, à condenação na verba honorária, salvo na hipótese de comprovada má-fé, quando o ônus do sucumbimento será suportado pela Fazenda Pública (REsp 799.539/GO, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma do STJ, julgado em 05/12/2006, unânime, DJ de 08/02/2007, p. 297, e REsp 178.088/MG, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma do STJ, julgado em 04/08/2005, unânime, DJ de 12/09/2005, p. 261). No caso em foco, não há nem sequer indícios da alegada má-fé do Parquet Federal, cuja conduta decorreu do exercício de suas funções jurídico-institucionais, como parte pública autônoma.*

2. *Apelação provida para excluir a condenação do Ministério Público Federal ao pagamento das verbas de sucumbência. (AC 2000.34.00.042799-1/DF, Rel. Juiz Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1 de 21/05/2008, p. 105).*

1. *Não há falar-se em condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais quando no exercício de suas funções institucionais, salvo comprovada litigância de má-fé (precedentes desta Corte).*

2. *Apelação provida (AC 2005.34.00.022428-8/DF, Rel. Juiz Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ de 28/03/2007, p. 31).*

Excluo, portanto, a condenação do Ministério Público Federal ao pagamento de honorários advocatícios, por incabível, ante a não comprovação de má-fé do autor.

6. Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, para considerá-lo parte legítima para propor a ação, afastar a prescrição e isentá-lo do pagamento dos honorários advocatícios.

7. É o voto.