

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Em exame os Embargos de Declaração opostos pela Construtora Caiapó Ltda., bem como pelos Srs. Amauri Sousa Lima, Nilton Correa Vieira e Manoel das Graças Barbosa da Costa, todos representados por advogados, contra o Acórdão 1.081/2015 – 2ª Câmara.

2. Aquele **decisum**, no que tange ao deslinde deste feito, julgou irregulares as contas dos embargantes, imputando-se-lhes, em solidariedade, débito, aplicando-lhes, ainda, multa pecuniária.

3. Preliminarmente, esclareço que os presentes Embargos de Declaração podem ser conhecidos, porquanto opostos de forma tempestiva e em consonância com os preceitos normativos cabíveis à espécie, insculpidos no art. 287 do Regimento Interno do TCU.

4. Quanto ao mérito, como tenho sustentado, os Embargos de Declaração são, em regra, recurso integrativo, que objetivam extirpar da decisão embargada, o vício da omissão, entendida como “(...) aquela advinda do próprio julgado e prejudicial à compreensão de causa, e não aquela que entenda o embargante, ainda mais como meio transversal a impugnar os fundamentos da decisão recorrida.” (STJ, Edcl Resp 351490, DJ 23/9/2002).

5. Elpídio Donizetti, **in** Curso Didático de Direito Processual Civil, Del Rey, 6ª Ed., Belo Horizonte, 2005, pág. 319, assevera que os “Embargos de Declaração podem ser conceituados como o recurso que visa ao esclarecimento ou à integração de uma sentença ou Acórdão.”, destacando, ainda, que: “Três são as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração: obscuridade, contradição ou omissão.” (pág. 320).

6. Feitas tais breves considerações, rememoro que os autos cuidaram de possíveis irregularidades em contratos do Programa Crema de Recuperação de Rodovias Federais – Crema.

7. Mencionado programa, de acordo com a Instrução de Serviço – IS DG/DNIT 05/2005, divide-se em duas etapas:

7.1. Crema 1ª Etapa: compreende a realização de intervenções de caráter funcional – que não afetam a estrutura do pavimento –, tais como: serviços de conservação da faixa de domínio e manutenção das pistas e do acostamento, bem como a elaboração de levantamentos e estudos necessários para a elaboração do Crema 2ª Etapa, com duração de dois anos;

7.2. Crema 2ª Etapa: consiste na execução de obras de recuperação funcional e estrutural de todo o trecho.

8. Os dois ajustes objeto de exame nestes autos – Contratos ns. 23-00398/2009 e 23-00498/2009 – são do tipo Crema 1ª Etapa, o que levou a unidade instrutiva a analisar se, ao longo dos anos de 2009 a 2011, as intervenções efetuadas pelas empresas contratadas, respectivamente, Caiapó Ltda. e Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda., ocorreram em alinhamento aos padrões estabelecidos pelo DNIT.

9. Com efeito, a partir de relatórios elaborados pelo Consórcio Consol/JBR, contratado para a realização da supervisão das obras, ficou assente que as firmas acima mencionadas receberam pagamentos em desacordo com o parâmetro de remuneração estabelecido.

10. Como apontado pela unidade instrutiva, foi previsto nos editais dos certames que originaram as avenças em foco que a qualidade dos serviços de manutenção deveria ser aferida mensalmente a partir da atribuição de pesos a diversos defeitos encontrados gerando, ao final, uma média – fator de desempenho – o qual seria considerado para efeito de pagamento.

11. Os cálculos efetuados pela então 2ª Secob indicaram a ocorrência de pagamentos em desacordo com o fator de desempenho elaborado a partir dos dados fornecidos pela encarregada da supervisão dos contratos em exame.

12. Desse modo, os responsáveis, ora embargantes, tiveram suas contas julgadas irregulares e foram condenados em débito.

13. A Construtora Caiapó Ltda. aduz, de forma sintética, que os relatórios elaborados pelo Consórcio Consol/JBR, os quais serviam de parâmetro para os pagamentos a que fazia jus, eram

incorretos, incompletos, e não refletiam a real situação das obras.

14. Afirma que os pagamentos que recebia do DNIT refletiam o período de um mês completo, ao passo que o Consórcio Consol/JBR efetuava suas medições por volta do dia 20 de cada mês. Desse modo, a fim de corrigir a mencionada defasagem, o Supervisor daquela autarquia efetuava as necessárias revisões técnicas e, se fosse o caso, demandava a revisão de eventual serviço.

15. Pondera que os técnicos do Consórcio Consol/JBR apresentavam visíveis problemas de saúde, o que os impedia de realizar os levantamentos acerca das não conformidades nas obras de recuperação das estradas.

16. Em conclusão, assevera que este Relator, ao acolher o parecer opinativo da Secex/TO, deixou de se manifestar sobre a necessidade, aventada pela sua defesa, de realização de diligências com vistas à verificação da suposta impossibilidade de o Consórcio Consol/JBR realizar os trabalhos para os quais fora contratado.

17. Relembro que o representante do MP/TCU, em sua manifestação quando da prolação do Acórdão ora embargado, assentou que, nos contratos do tipo Crema 1ª Etapa, o Fator de Desempenho para os serviços de manutenção e conservação era o balizador dos pagamentos mensais a serem feitos às construtoras.

18. Nesse sentido, **mister** esclarecer que a condenação da embargante se deu em função de divergências entre o Fator de Desempenho calculado pelo Consórcio Consol/JBR e aquele efetivamente utilizado pelo DNIT para o pagamento à contratada.

19. Como deixei expressamente consignado no Voto condutor do Acórdão 1.081/2015 – 2ª Câmara, eventuais discordâncias dos fiscais do DNIT em relação ao apontado pelo multicitado Consórcio Consol/JBR poderiam existir. Todavia, deveriam ter sido objeto de manifestação expressa e justificada, o que não restou verificado nos autos:

“14. Entendo que as diferenças entre as notas do fator de desempenho atribuídas pelo Consórcio Consol/JBR e pelo DNIT deveriam, caso a Autarquia entendesse por modificar o percentual calculado por aquele consórcio, ser plenamente justificadas, o que não se verificou nos autos.

15. É dizer, sem descuidar do fato de que caberia ao DNIT elaborar os Boletins de Medição dos serviços prestados e autorizar os correspondentes pagamentos, não poderia a Autarquia ter ignorado os lançamentos efetuados pelo Consórcio Consol/JBR sob o simples pretexto, como afirmou o fiscal encarregado dos Contratos do Crema em foco, de que se tratava de pontuações burocráticas.

16. Ora, como já dito, o Consórcio Consol/JBR foi contratado para supervisionar as obras e seus apontamentos, dessa forma, possuíam presunção **juris tantum** de veracidade, somente podendo ser afastados caso houvesse justificativa plausível para tal.

17. Como pontuado pelo membro do MP/TCU, se os representantes do DNIT tinham dúvidas acerca do trabalho realizado pelo Consórcio Consol/JBR deveriam ter adotado providências com vistas a saná-las e não, simplesmente desconsiderar os apontamentos que indicavam diversas não conformidades nos serviços prestados pela Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda. e Caiapó Ltda..”

20. Como é cediço, e previsto inclusive em dispositivo legal (art. 50 da Lei 9.784/1999), os atos administrativos que afetam direitos ou interesses devem ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos que lastrearam a decisão do gestor.

21. Consoante já dito na deliberação fustigada, o DNIT alterou as notas do Fator de Desempenho a seu talante, sem a devida justificativa para tal, o que o torna ato nulo, incapaz de fundamentar a mudança efetuada, que culminou por conceder à contratada pagamentos a maior do que efetivamente fazia jus.

22. Quanto ao argumento de que caberia à unidade técnica a realização de diligências com vistas a verificar a suposta incapacidade de atuação do Consórcio Consol/JBR, cumpre esclarecer que em processos de Tomada de Contas Especial cabe ao responsável produzir as provas que reputar cabíveis para comprovar a regular aplicação de verba federal.

23. É dizer, em sede de TCE, o ônus da prova da regular aplicação cabe ao responsável, que deve, por meio de documentação e argumentos idôneos, demonstrar que destinou a verba federal de acordo com o que previsto no ajuste correspondente.

24. Desse modo, caberia à Construtora Caiapó Ltda. comprovar, de fato, a aventada impossibilidade técnica do Consórcio Consol/JBR de efetuar o trabalho para o qual fora contratado, não havendo fundamentação jurídica para que a Secex/TO efetuasse, ou efetue, diligências a fim de sanar eventual dúvida acerca da correção dos documentos produzidos pelo Consórcio Consol/JBR.

25. À guisa de conclusão, os elementos carreados aos autos pela embargante não demonstraram a existência de omissão, obscuridade ou contradição passíveis de serem saneadas por meio de Embargos de Declaração.

26. Já os Srs. Amauri Sousa Lima e Nilton Correa Vieira alegam que o **decisum** combatido padece de omissão quanto à individualização de suas condutas no evento danoso.

27. Tal argumento não merece guarida, porquanto o Acórdão 1.081/2015 – 2ª Câmara fixou a responsabilidade de cada um dos embargantes na ocorrência do débito ora em exame. Transcrevo, por elucidativo, o seguinte trecho da instrução da Secex/TO, a qual incorporei às minhas razões de decidir, que constou do Relatório daquela deliberação:

“62. **Análise:** Novamente se alega a incompetência do Consórcio CONSOL/JBR, tema tratado quando da análise das alegações do engenheiro fiscal. Não prosperam as alegações de que não poderiam interferir no valor da medição, limitando-se exclusivamente ao desempenho para fins de sanção ou aspectos formais do contrato.

63. Na verdade, não ficou demonstrado que os valores de medição foram alterados após percuciente verificação do engenheiro fiscal, meio hábil para garantir uma regular alteração; procedimento, aliás, que deveria ter sido demandado por quaisquer destes [responsáveis] caso, de fato, concordassem com a modificação da opinião emitida pelo Consórcio CONSOL/JBR.

64. Ademais, conforme ficou claro pelas próprias declarações dos [responsáveis], o engenheiro fiscal, tão logo recebia as fichas de notificação de não-conformidade (FNNC), determinava às contratadas que fossem saneadas as irregularidades apontadas, fato que corrobora a tese de que as evidências levantadas pelo consórcio tinham força suficiente para definir os valores base para pagamento.

(...)

67. Lembre-se que o engenheiro fiscal, amparado na Lei 8.666/1993, poderia alterar a pontuação atribuída pela empresa fiscalizadora dos contratos, o Consórcio CONSOL/JBR, porém, desde que realizasse vistorias e análises técnicas que efetivamente evidenciassem situações distintas das constatadas pelo consórcio. Assim, a ausência de tais providências e, como consequência, a mera modificação dos valores sob o exclusivo pretexto da competência do representante fiscal – e por efeito de seus superiores –, não se compatibiliza com o ‘cuidado exigível de uma pessoa prudente e de discernimento’, conforme delineado no mencionado Acórdão.

68. Enfim, os argumentos de defesa não lograram afastar o débito imputado aos responsáveis, de forma que, não havendo outra irregularidade nas presentes contas, propõe-se sejam rejeitadas as alegações de defesa dos Srs. Amauri Sousa Lima, Manoel das Graças Barbosa da Costa e Nilton Correa Vieira, bem assim das empresas Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda. e Construtora Caiapó Ltda.; e (...) que, desde logo, sejam julgadas irregulares, nos termos do art. 202, § 6º, do Regimento Interno/TCU, procedendo-se à sua condenação em débito e à aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.”

28. Também no Voto condutor do **decisum**, pontuei que os embargantes estavam sendo responsabilizados porque haviam assinado boletins de medição que serviram de suporte para pagamentos de serviços cuja execução não ficou efetivamente comprovada:

“20. Como evidenciado pela então SecobRodov, os Srs. Manoel das Graças Barbosa da Costa, Fiscal de ambos os contratos, Nilton Corrêa Vieira, Chefe de Serviços de Engenharia, e Amauri Sousa Lima, Superintendente Regional foram signatários dos boletins de medição em que foram

apuradas as diferenças a maior em relação ao fator de desempenho atribuído às empresas contratadas e as respectivas firmas foram beneficiárias de pagamentos de serviços os quais não restou plenamente comprovada a sua execução (peça 40, p. 5 do TC-006.727/2012-3, apenso).”

29. Assente, portanto, que inexistente a suposta omissão apontada pelos Srs. Amauri Sousa Lima e Nilton Correa Vieira.

30. Noutro giro, o Sr. Manoel das Graças Barbosa da Costa aduz que as notas do Fator de Desempenho atribuídas pelo Consórcio Conso/JBR constituir-se-iam de meras notas burocráticas, bastando que a Secex/TO diligenciasse junto ao DNIT para verificar que aquele consórcio não acompanhava, de fato, as obras.

31. Assevera, ainda, que os relatórios produzidos pelo multicitado Consórcio eram incompletos e incorretos, o que o levava a modificar o percentual atribuído para fins de correção de tais erros, buscando, assim, evitar demandas judiciais contra o DNIT.

32. Conclui, assim, que não houve a busca da verdade material, o que, em seu entendimento, constitui omissão a ser sanada na presente via recursal.

33. Consoante já reproduzi acima (item 19 **supra**), os representantes do DNIT poderiam ter adotado providências com vistas a sanar eventual impropriedade na atuação do Consórcio Conso/JBR, desde que o fizessem de forma fundamentada, o que não foi verificado no processo.

34. Nesse sentido, inexistente omissão quanto ao argumento trazido pelo embargante, porquanto a questão atinente à divergência entre as notas atribuídas pelo Consórcio Conso/JBR ao Fator de Desempenho das contratadas e o que lançado pelo DNIT, foi devidamente examinada no Acórdão ora combatido.

35. No que tange à alegação de que caberia à Secex/TO diligenciar ao DNIT, observo que a questão já foi analisada acima, tendo ficado assente que não é tarefa deste Tribunal, em sede de Tomada de Contas Especial, produzir provas contra os responsáveis, uma vez que é deles o ônus de comprovar a regular aplicação dos recursos federais sob sua gestão.

36. Dessarte, os presentes Embargos de Declaração devem ser conhecidos para que, no mérito, seja-lhes negado provimento.

37. Por fim, tendo em vista o Recurso de Reconsideração interposto pela empresa Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda. (peça 126), devem os autos, após o julgamento deste recurso, serem encaminhados à Serur para as providências de sua alçada.

Ante o exposto, manifesto-me por que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 1º de março de 2016.

MARCOS BEMQUERER COSTA

Relator