

VOTO

Em análise, embargos de declaração opostos pelos Srs. Valfredo Perfeito (peça 210), Sidney Boaretto da Silva (peça 191), Roberto Borges Furtado da Silva (peça 194) e Francisco Augusto Pereira Desideri (peça 226) em face do Acórdão 13.176/2016-TCU-2ª Câmara, que, ao conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pelos ora embargantes contra o Acórdão 5.343/2011-TCU-2ª Câmara, complementado pelo Acórdão 4.118/2012-TCU-2ª Câmara, negou provimento aos apelos manejados pelos dois primeiros e concedeu provimento parcial àqueles trazidos pelos dois últimos.

2. A presente tomada de contas especial (TCE) apura irregularidades na execução do Convênio PG-041/98-0, celebrado entre o DNER e o município de Ipameri/GO, cujo objeto era a construção de um bueiro triplo celular de concreto (BTCC) e de bueiros tubulares em local onde seria posteriormente pavimentado um trecho rodoviário de ligação entre as rodovias BR-352 e BR-490, o qual constituiria o contorno viário sul de Ipameri/GO. Mais recentemente, os Srs. Roberto Borges Furtado da Silva, às peças 228 e 230, e Sidney Boaretto da Silva, à peça 229, apresentaram novos elementos de defesa a complementar aqueles constantes dos aclaratórios aviados.

3. Nos presentes autos, o Sr. Valfredo Perfeito, ex-prefeito do Município de Ipameri-GO, também teve suas contas julgadas irregulares por meio do Acórdão 5.343/2011-TCU-2ª Câmara e mantido pelo Acórdão 13.176/2016-TCU-2ª Câmara, no essencial, em face de ter executado o objeto do Convênio PG-041/98-0 mesmo ciente de que o bueiro triplo celular de concreto (BTCC) daquelas dimensões não era suficiente para comportar adequadamente a vazão do córrego e sem que o projeto fosse previamente aprovado pelo DNER.

4. As condutas atribuídas ao Sr. Sidney Boaretto da Silva, então chefe do Serviço de Programas Especiais do DNER, e que ensejaram o julgamento de suas contas pela irregularidade por meio do Acórdão 5.343/2011-TCU-2ª Câmara e mantido pelo Acórdão 13.176/2016-TCU-2ª Câmara, foram as seguintes: realização do objeto conveniado em via não prevista na rede rodoviária do Plano Nacional de Viação, em descumprimento ao art. 7º da Lei 5.917/1973; não apresentação de Plano de Trabalho original e não cumprimento dos normativos pelo plano posteriormente entregue; celebração do convênio sem prazo de vigência; e não avaliação da viabilidade técnica da obra.

5. O Sr. Roberto Borges Furtado da Silva, na condição de chefe-substituto da Divisão de Construção do DNER, teve suas contas julgadas irregulares por meio do Acórdão 4.118/2012-TCU-2ª Câmara, parcialmente alterado, em sede recursal, pelo Acórdão 13.176/2016-TCU-2ª Câmara, que afastou parte do débito a ele imputado com alteração do valor da multa aplicada. A conduta a ele atribuída, mantida em grau de recurso e que ensejou sua condenação em débito, refere-se à formalização do convênio sem a observância dos requisitos constantes da lei.

6. As contas do Sr. Francisco Augusto Pereira Desideri, então ocupante da função de chefe da Divisão de Construção, foram julgadas irregulares pelo Acórdão 5.343/2011-TCU-2ª Câmara, decisão que foi parcialmente alterada pelo Acórdão 13.176/2016-TCU-2ª Câmara, que afastou parte do débito a ele imputado com a alteração do valor da multa aplicada. A conduta ensejadora de sua condenação deve-se, em essência, a sua manifestação favorável ao pagamento de parcela relativa ao citado convênio.

7. Antes de iniciar o exame dos embargos de declaração, observo que, em sede de preliminar, os Srs. Roberto Borges Furtado da Silva (peças 228, 230 e 231) e Sidney Boaretto da Silva (peça 229) trazem documentação, datada do ano de 2014, que dão conta da intenção do governo do Estado de Goiás em iniciar a execução das obras do anel viário sul de Ipameri, o que daria aproveitamento às obras dos bueiros objeto desta TCE.

II

8. Com relação aos embargos manejados pelo Sr. Valfredo Perfeito, ex-prefeito de Ipameri/GO, por intermédio de seu procurador legal constituído nos autos, Dr. José Milton Ferreira (OAB/DF 17.772), observo que foram protocolizados nesta Corte no dia 8/2/2017 (peça 210), tendo o causídico tomado ciência da decisão em 26/1/2017, conforme aviso de recebimento (AR) acostado à peça 212.

9. Nos termos do art. 34 da Lei 8.443/1992, combinado com o art. 183, inciso I, letra “d”, do Regimento Interno do TCU (RITCU), os embargos de declaração devem ser interpostos no prazo de até dez dias a contar da data de recebimento da notificação pela parte. Considerando ainda o disposto no art. 185 do RITCU, que estabelece que, na contagem dos prazos, excluir-se-á o dia de início e incluir-se-á o do vencimento, verifico que o prazo final para apresentação dos presentes embargos exauriu-se no dia 6/2/2017, razão pela qual, *in casu*, não foi observado o requisito de admissão afeto à tempestividade.

10. Pelo exposto, deixo de conhecer dos presentes embargos, sem prejuízo de trazer à lume questões processuais que considero relevantes.

11. Início pela afirmação de que o ora recorrente não teria conferido ao seu advogado, Dr. José Milton Ferreira, poderes para, em seu nome, receber citação, intimação ou notificação.

12. Compulsando os autos, é de se destacar que a procuração outorgada pelo Sr. Valfredo Perfeito aos seus advogados consta da peça 27, p. 18, oportunidade em que foram concedidos poderes da cláusula *ad judicium*. Nessa hipótese, aplica-se o disposto no art. 179, § 7º, do RITCU, assim redigido:

Art. 179. (...)

(...)

§ 7º Quando a parte for representada por advogado, a comunicação deve ser dirigida ao representante legalmente constituído nos autos.

13. Desse modo, é de se asseverar que não padece de qualquer vício o ato de notificação do Acórdão 13.176/2016-TCU-2ª Câmara (peça 198) endereçado ao advogado do ora embargante, de sorte que não restou configurado possível prejuízo a sua defesa.

14. Entendo ainda que os argumentos trazidos pelo embargante não são aptos a demonstrar omissão ou contradição, razão pela qual não há que se afastar sua responsabilidade pelo dano identificado nos presentes autos conforme motivos a seguir apresentados.

15. O ponto central de seus embargos refere-se à alegada omissão de que padeceria a decisão combatida ao não ter considerado, no julgamento do recurso, o posicionamento do MPTCU que teria reconhecido a ausência de responsabilidade do ex-prefeito de Ipameri. Em adição, entende que o julgado combatido não teria individualizado sua conduta para fins de responsabilização.

16. Aponta o embargante, ainda, a presença de contradição da decisão adversada ao considerar a obra realizada como obra inacabada. A seu ver, a obra de construção dos bueiros foi executada na íntegra, nos exatos termos do que previa o convênio assinado com o DNER. Trata-se, na verdade, prossegue ele, de obra destinada a viabilizar outra a ser realizada no futuro, conforme admitido pelo Estado de Goiás que tomou para si a responsabilidade de aproveitá-la quando da construção do anel viário de Ipameri.

17. Ao contrário do que afirma o embargante, o posicionamento do MPTCU foi detidamente analisado pela decisão combatida, oportunidade em que sua conduta foi detalhadamente trazida à lume. Com relação à alegada contradição, a decisão combatida também foi clara ao tratar da falta de serventia da obra então executada, mesmo seguindo as especificações do projeto aprovado pelo DNER. Por essas razões, mesmo que seus embargos fossem conhecidos, não seriam eles suficientes para alterar a decisão embargada.

III

18. Os embargos de declaração trazidos pelo Sr. Sidney Boaretto da Silva, então chefe do Serviço de Programas Especiais do extinto DNER, merecem ser conhecidos por atenderem aos requisitos de admissão dispostos nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992.

19. O ora recorrente arguiu a existência de contradição, obscuridade e omissão na decisão embargada. A argumentação por ele trazida, exaustivamente elencada no relatório que precede este voto, tratou de:

a) analisar suas competências, na qualidade de chefe do Serviço de Programas Especiais do DNER, frente às condutas a ele imputadas, para concluir que ele não poderia ser apenado por: i) descumprimento de cláusula do convênio; ii) falta de fiscalização da obra; iii) não identificação de eventual ilegalidade, quando de seu despacho, e assim alertar seu superior; iv) desconhecimento se haveria, por parte das instâncias decisórias do DNER e Ministério dos Transportes, a intenção ou não de cumprir as etapas posteriores para aproveitamento dos bueiros; v) não aprovação do plano de trabalho;

b) esclarecer que à época da celebração do convênio já existia projeto para construção do contorno de Ipameri-GO, conforme se depreende do teor do documento datado de 27/6/2000 e acostado à peça 191, p. 12; ademais, a obra do anel viário de Ipameri-GO estava devidamente prevista no Plano Nacional de Viação (PNV), Lei 5.917/1973, desde a celebração do citado ajuste;

c) atribuir a responsabilidade pela execução da obra à prefeitura de Ipameri-GO, que iniciou a construção dos bueiros sem a prévia aprovação dos projetos pelo DNER;

d) arguir que a decisão embargada não esclarece as razões pelas quais não foram acatadas as justificativas por ele apresentadas para cada irregularidade a ele imputada;

e) demonstrar que o ora embargante não teria cometido irregularidade alguma ao encaminhar a solicitação de convênio para decisão superior, porquanto o próprio TCU já tinha decidido, por meio da Decisão 1.217/2002-TCU-Plenário, que o Setor de Obras Delegadas do DNIT não detinha autonomia necessária para se impor nas questões referentes a convênios;

20. Observo que, como o próprio recorrente admitiu em suas razões recursais, os presentes embargos trazem novos elementos que não serão examinados por não se coadunarem com esta etapa processual.

21. É cediça a jurisprudência desta Corte no sentido de que os embargos de declaração, dada a estreita via em que se processa, ao buscar aclarar a decisão adversada nas hipóteses de obscuridade, omissão e contradição, não se presta a reapreciar o mérito do que restou decidido no acórdão embargado nem a fazer juízo de valor sobre novas teses estampadas em suas razões recursais e, por tal motivo, não tratadas na decisão embargada.

22. Adentrando nesse momento o mérito dos embargos do recorrente, reconheço contradição no acórdão atacado, em relação a determinadas condutas praticadas pelos gestores do Dnit, pelas razões a seguir detalhadas.

23. O Tribunal se baseou essencialmente nas seguintes constatações relacionadas à aprovação do convênio para concluir pela culpa dos gestores da autarquia quanto ao dano apurado nos presentes autos: i) a rodovia não constava do Plano Nacional de Viação (PNV), ii) a solução de engenharia prevista para a construção do bueiro não apresentava viabilidade técnica, iii) o anel viário de Ipameri não foi construído e a obra do bueiro se mostra inservível até a presente data.

24. Quanto ao primeiro ponto, embora reprovável a conduta do gestor quando da aprovação do ajuste, na qualidade de Chefe do Serviço, a inclusão da rodovia no PNV, ainda que posterior à celebração do ajuste, atenua a irregularidade, pois revela possível conhecimento prévio do gestor de

que havia ações em curso ou previsão de regularização da situação da rodovia dentro do plano de viação. Ainda que tenha cometido falha ao se pronunciar favoravelmente à celebração do ajuste nessa condição, é forçoso admitir que a inclusão tardia da rodovia no PNV afasta o nexo de causalidade entre a conduta do gestor e o débito a ele imputado.

25. Quanto à solução de engenharia adotada para a construção do bueiro, observou-se a existência de dissenso quanto à adequabilidade do projeto do bueiro triplo celular de concreto (BTCC), nos âmbitos do DER/GO e do 12º Distrito Rodoviário Federal (DRF) do então DNER. O 12º DRF questionava a viabilidade técnica, no entanto, a autarquia acabou aprovando o plano de trabalho na forma defendida pelo DER de Goiás.

26. Em que pese à controvérsia de ordem técnica, o fato é que a obra foi executada nos termos do plano de trabalho aprovado e não há elementos nos autos que permitam inequivocamente comprovar que a solução aprovada era inviável tecnicamente, mesmo porque ao final foi ratificada pela autarquia federal, seguindo posicionamento do próprio órgão estradal do estado. Logo, nesse aspecto, tal falha não pode ser associada ao débito imputado.

27. Pelo exposto, concluo que o débito em questão decorre exclusivamente da inutilidade da obra objeto do convênio, ocasionada pelo fato de a rodovia de interligação, elemento construtivo principal, nunca ter sido iniciada, ponto que passamos a analisar.

28. Para compreender melhor essa questão, reproduzo trecho do voto condutor do acórdão embargado no qual foi examinada a iniciativa de se formalizar convênio destinado à execução de bueiro em rodovia ainda a ser construída:

45. Observo que motor propulsor do ajuste entabulado foi a prefeitura de Ipameri/GO. Foi o ente municipal que tomou a iniciativa de solicitar a formalização do convênio em questão para a execução de obras que, em tese, beneficiariam os municípios. Nesse cenário, o ex-prefeito assumiu papel preponderante na definição do objeto da avença. Ao estipular que o seu objeto seria a construção dos bueiros, com a expectativa de aproveitamento por rodovia futura, aquela autoridade municipal assumiu os riscos inerentes à descontinuidade da obra rodoviária, ainda mais quando se considera que a conclusão do anel viário em foco não dependia exclusivamente de verbas municipais.

29. Nesse aspecto, importa rememorar a justificativa apresentada pelo ex-Prefeito, por meio do Ofício 026/98, de 30/3/1998 (peça 230, p. 4), em que solicita ao então Ministro dos Transportes recursos e delegação de competência para executar a obra, conforme trecho seguir transcrito:

(...) solicitamos recursos no valor de R\$ 149.494,22 e a delegação de poder para executar o Bueiro Celular BSCC (3,25x3,60 m), no Córrego Vai e Vem, no Trecho: BR-490 Ipameri/BR-352. O valor desta obra é de R\$ 164.443,64 sendo que o recurso destinado pelo concedente será no montante de R\$ 149.494,22 e pelo proponente é de R\$ 14.949,42, a título de Contrapartida. Através desse empreendimento, viabilizarmos a construção da Perimetral Sul, que liga BR-490 a BR-352, evitando estrangulamento de tráfego que ocorre, devido a falta da Conclusão desta ligação.

30. A mesma justificativa é apresentada no plano de trabalho para celebração do ajuste, *in verbis*:

Tendo em vista a necessidade da construção do bueiro acima citado e para viabilizar a construção da Perimetral Sul, que liga a BR-490 a BR-352, evitando o estrangulamento do tráfego que ocorre, devido a falta da conclusão desta ligação.

31. Das justificativas apresentadas para celebração do ajuste, fica evidente que havia um compromisso do então prefeito no sentido de que a liberação de recursos para a construção da obra prevista no convênio estava condicionada à futura construção da rodovia de ligação de interesse do município, e sem a qual a construção do bueiro não teria qualquer utilidade. E tal medida era de responsabilidade exclusiva do gestor municipal.

32. Logo, pairam dúvidas se seria razoável esperar que os gestores da autarquia responsáveis pela análise técnica do convênio se posicionassem contrariamente à avença sob o argumento de que a Prefeitura poderia não cumprir o compromisso assumido de executar a rodovia de interligação. Nesse ponto, ao me debruçar mais detidamente sobre os fatos, considero que tal avaliação se insere nas competências das instâncias superiores responsáveis pelo exame dos aspectos políticos inerentes ao processo de tomada de decisão de se firmar determinado ajuste, mais precisamente da diretoria de engenharia e diretoria-geral.

33. Nesse contexto, cabe ainda analisar o argumento trazido na letra “e” do item 19, acerca dos efeitos da Decisão 1.217/2002-TCU-Plenário, que teria apontado que o Setor de Obras Delegadas do DNIT não detinha autonomia necessária para se impor nas questões referentes a convênios. Quanto a este ponto, observo que o acórdão embargado foi omissivo em não analisar a completude de seus efeitos. Eis o que restou assentado no relatório que precedeu à decisão inquinada:

96. Além disso, a Decisão 1.217/2002-TCU-Plenário, que tratou de auditoria operacional para avaliar a regularidade dos convênios celebrados pelo DNER mencionada pelo Sr. Sidney, evidencia que as irregularidades, como as ora observadas, eram prática costumeira da entidade.

34. De fato, como bem asseverou a unidade instrutiva, a auditoria operacional realizada no DNIT e no extinto DNER, no ano de 2002, concluiu ser rotineira, no âmbito dessas autarquias, a ocorrência de irregularidades relacionadas ao adequado planejamento da obra viária a ser executada por meio de convênio, a exemplo da aprovação de obras no orçamento da União sem a prévia existência de projeto técnico ou aprovação de plano de trabalho visando à celebração de convênios para execução de obras na malha federal para as quais ainda não existia projeto de engenharia.

35. Adicionalmente, a mesma Decisão 1.217/2002-TCU-Plenário recomendou ao DNIT que procurasse dotar os respectivos setores, gerenciadores dos convênios para obras delegadas, de pessoal adequado e de autonomia compatível com a necessidade de obrigar aos convenientes a observância das disposições regulamentares relativas a esses tipos de ajustes, em clara referência às dificuldades estruturais enfrentadas pela autarquia na gestão desses convênios.

36. Observo que tais irregularidades são de mesma índole daquelas que ensejaram a condenação do ora embargante, relacionadas às atividades próprias de gestão de convênios para execução de obras, envolvendo aspectos de planejamento e fiscalização de sua execução.

37. Penso que as constatações da referida auditoria, se por um lado revelaram fragilidade estrutural do então DNER na gestão de convênios, por outro, demonstraram que os servidores da autarquia diretamente envolvidos nessas atividades, além de não contar com os meios adequados para o desempenho a contento de suas atividades, acabavam por repetir procedimentos e condutas que, apesar de não aderentes aos normativos vigentes, pareciam-lhes, pela reiteração, aceitáveis.

38. Nesse contexto, entendo presente elemento a minorar a culpabilidade do ora embargante, porquanto a aparência de normalidade e de aceitabilidade das condutas predecessoras na celebração do convênio, mesmo sem a estrita observância dos normativos vigentes, acabou por impulsionar sua atuação em desconformidade com esse mesmo regimento aplicável no âmbito do extinto DNER.

39. Neste ponto, registro o novel art. 28 da Lei 13.655/2018- Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), quando se consideram as hipóteses de responsabilização do agente público por seus atos decorrente de sua atuação de forma dolosa ou mediante erro grosseiro. Em que pese o assunto necessitar maior aprofundamento no âmbito do Tribunal, *in casu*, além dos elementos aqui já expostos que permitem minorar a culpabilidade dos responsáveis, e ainda que de forma acessória, as circunstâncias ora examinadas não sinalizam a ocorrência de erro grosseiro.

40. De fato, a inclusão da obra do anel viário no PNV, em 25/9/1998, ainda que após a celebração do convênio, em 17/4/1998, aliado ao plano de trabalho existente, cuja justificativa de construção dos bueiros fazia expressa menção à viabilização de construção futura do anel viário sul de

Ipameri (peça 230, p. 8), levam à conclusão de que o gestor partiu da premissa de que a obra apresentava viabilidade técnica, tanto que restou sendo incluída no PNV, bem como de que havia um compromisso do Prefeito de que o anel viário seria executado, constatações que reforçam o afastamento da culpabilidade e da responsabilidade do embargante.

41. Em face da existência de omissão e contradição a incidir sobre o Acórdão 13.176/2016-TCU-2ª Câmara, entendo que os presentes embargos devem ser parcialmente providos, para excluir o responsável Sidney Boaretto da Silva dos subitens 9.1 e 9.2 do Acórdão 5.343/2011-TCU-2ª Câmara e julgar suas contas regulares com ressalva.

IV

42. Os embargos de declaração trazidos pelo Sr. Roberto Borges Furtado da Silva, então chefe-substituto da Divisão de Construção do extinto DNER, devem ser conhecidos por atenderem aos requisitos de admissão dispostos nos arts. 32, II, e 34 da Lei 8.443/1992.

43. O ora recorrente, ao arguir a existência de contradições e omissões na decisão embargada, apresentou a argumentação elencada no relatório que precede este voto, resumida aqui em sua essência, a saber:

a) o acórdão adversado seria omissivo quanto à tese de defesa do ora embargante de que ele não atuou para a condição onerosa do Convênio PG-041/98, porquanto foi a diretoria do DNER que autorizou a formalização do ajuste e emitiu a nota de empenho 98NE02378, no valor de R\$ 100.000,00, ainda cabendo a ela a aprovação do plano de trabalho;

b) sobre a decisão embargada recairia contradição, na medida em que o voto dela condutor afirmou que o recorrente, ao assinar o documento, teria se manifestado de acordo com a alocação de recursos federais no valor de R\$ 100.000,00, e o ato administrativo por ele praticado foi, na verdade, a vinculação da nota de empenho, o que pressupõe a prévia existência de empenho emitido e não se confunde com a decisão de ordenar o empenho;

c) também restaria caracterizada a omissão do acórdão recorrido em face de não ter apreciado a hipótese de que o prejuízo ao erário decorrente da não continuidade da obra que daria aproveitamento aos bueiros já construídos seria resultado da falta de planejamento por parte da diretoria do DNER, pois se tivesse ocorrido um planejamento mínimo, que apontaria a falta de recursos financeiros, não teria sido autorizada a celebração da avença;

d) visível contradição da decisão embargada ao afirmar, em seus fundamentos, que, à época de celebração do citado convênio, não havia previsão de obra futura que desse utilidade ao objeto do convênio, porquanto, desde a origem do pedido para a celebração do ajuste mencionado havia a justificação de que seria implantado o anel viário de Ipameri-GO, conforme se observa do documento constante da peça 194, p. 7, que trata da descrição do projeto constante do plano de trabalho;

e) presente omissão na decisão recorrida ao não apontar quais as ações que não foram adotadas pelo embargante e que contribuíram para a falta de continuidade das obras, considerando que sua atuação se restringia à adoção de atos administrativos de rotina, que ele não poderia responder pela inércia da diretoria do DNER na adoção de ações para a continuidade das obras do anel viário e que dele seria inexigível o acompanhamento quanto às ações que precederam a aposição de assinatura em substituição eventual do chefe da divisão de construção.

44. Registro, de início, que, ao proferir o voto condutor da decisão embargada e que apreciou, entre outros, o recurso de reconsideração manejado pelo ora embargante, entendi que deveria ser dado provimento parcial ao apelo em apreciação, de sorte que foi excluído de sua condenação em débito o valor da segunda parcela de recursos federais transferidos, no montante de R\$ 143.316,47, na medida em que não contribuiu para a autorização de repasse desse montante, com o consequente ajuste no valor da multa a ele aplicada pela decisão condenatória original.

45. A conduta do ora embargante cingiu-se à atuação na formalização do convênio (peça 14, p. 12), sem a observância dos requisitos constantes da lei, bem como na autorização para vinculação do valor de R\$ 100.000,00 ao ajuste (peça 17, p. 3), sem a devida cautela, ou seja, atividades próprias de gestão de convênios de obras.
46. Neste ponto, não poderia deixar de trazer a lume, sob pena de impor vício de obscuridade na decisão inquinada, a mesma análise que empreendi, quando da apreciação dos embargos do Sr. Sidney Boaretto da Silva, acerca dos atenuantes apresentados e dos efeitos da Decisão 1.217/2002-TCU-Plenário, por alcançar também o recorrente.
47. Cabe salientar que o responsável atuou na condição de substituto do chefe da Divisão de Construção, tendo assinado o primeiro ajuste não oneroso e autorizado a emissão de empenho para o pagamento de R\$ 100 mil. Dessa forma, além de seus atos terem sido respaldados nos pareceres técnicos do senhor Sidney Boaretto, cujos atenuantes já foram examinados e afastada a reprovabilidade de sua conduta, pesa também a seu favor o fato de ter atuado na condição de substituto e, por consequência, somente em determinadas etapas do processo do convênio, o que torna sua conduta de menor reprovabilidade.
48. Ademais, repiso que a Decisão 1.217/2002-TCU-Plenário descortinou práticas questionáveis e rotineiras no âmbito do DNER com relação à gestão de convênios de obras, cujas reiterações poderiam conferir normalidade e aceitabilidade por parte dos agentes públicos da autarquia envolvidos nessas atividades, em especial do embargante, na condição de chefe-substituto da Divisão de Construção do extinto DNER, fato que minora sua culpabilidade.
49. Em face da existência de obscuridade a incidir sobre o Acórdão 13.176/2016-TCU-2ª Câmara, entendo que os presentes embargos devem ser parcialmente providos, para excluir o responsável Roberto Borges Furtado da Silva dos subitens 9.1 e 9.2 do Acórdão 5.343/2011-TCU-2ª Câmara, tornar sem efeito o subitem 9.4 da decisão embargada e julgar suas contas regulares com ressalva.

V

50. Os embargos de declaração manejados por Francisco Augusto Pereira Desideri, ex-chefe da Divisão de Construção do extinto DNER, merecem ser conhecidos por atenderem aos requisitos de admissão dispostos nos arts. 32, II, e 34 da Lei 8.443/1992.
51. As razões dos aclaratórios, exaustivamente transcritas no relatório precedente, buscam, em extrato, demonstrar a existência de omissão na decisão recorrida em razão de:
- não ter sido tratado o argumento de que o recorrente, em face de suas atribuições como chefe da Divisão de Construção, teria se limitado a encaminhar o plano de trabalho elaborado pelo 12º DRF ao gestor competente por sua aprovação, porquanto não tinha competência para aprovação ou celebração de termos aditivos;
 - após a liberação da primeira parcela no valor de R\$ 100.000,00, não ser razoável exigir do embargante que, quando da liberação da segunda parcela, pelo qual foi responsabilizado, tivesse realizado retrabalhos técnicos e se manifestado de forma contrária à área técnica, o que caracteriza a excludente de culpabilidade relacionada à inexigibilidade de conduta diversa;
 - a referida excludente de culpabilidade ser reforçada pelo fato de a liberação da segunda parcela do citado convênio, em 30/12/1998, ter ocorrido apenas após a inserção da obra objeto do mencionado ajuste no Plano Nacional de Viação em 25/10/1998.
52. Assiste razão parcial o embargante.
53. Não merece acolhimento o argumento de que, em razão de suas atribuições como chefe da Divisão de Construção, teria tido o papel meramente de encaminhar o plano de trabalho para o setor

competente por sua aprovação. Esse argumento, ao contrário do que afirma o embargante, já foi amplamente debatido nos autos, oportunidade em que restou demonstrado que ele teve participação ativa na liberação dos recursos. Eis o trecho do voto que tratou da questão:

29. Com relação às atribuições da Divisão de Construção, da qual o recorrente era o chefe, segundo estabelecia os arts. 24 e 54 do Regimento Interno do DNER (peça 11, p. 30), é de se observar que ela atuava de forma ativa na execução de obras rodoviárias do extinto DNER. Tal divisão, que integrava a Diretoria de Engenharia Rodoviária (peça 17, p. 6), possuía as competências de programar, coordenar, controlar, organizar, orientar e supervisionar as obras, cujo exercício exigia a emissão de juízo de valor acerca da realização das despesas relativas a essas construções, com nítido caráter decisório. Não há dúvidas de que, com base nos normativos, seria exigível conduta diversa por parte do responsável, a fim de evitar dano ao erário.

54. Observo, contudo, que a decisão adversada foi omissa em não reconhecer, na sequência temporal dos acontecimentos, o fato de que a liberação da segunda parcela, ocorrida em 29/12/1998 (peça 17, p. 6), deu-se após a edição da Portaria DNER 817, de 25/9/1998, peça 185, que incluiu a BR-490/GO no PNV, o que permitiria a conclusão de que, ao menos naquela oportunidade, era factível o entendimento de que o anel viário de Ipameri/GO seria, de fato, construído no futuro.

55. Diante dessa constatação, aliado ao fato de que a obra já estava em execução à época da liberação da segunda parcela de recursos federais, na medida em que o primeiro pagamento já havia sido liberado desde maio de 1998, há que se reconhecer, diversamente do que restou afirmado na parte final do item 29 do voto condutor da decisão embargada, transcrito no item 55 deste voto, que do embargante não poderia ser exigida conduta outra senão aquela de atuar para a liberação da segunda parcela de recurso.

56. Ante o exposto, entendo presente a excludente de culpabilidade relacionada à inexigibilidade de conduta diversa, o que afasta o nexo de causalidade entre o dano causado e a conduta do responsável, a teor do que esta Corte já decidiu em casos análogos, a exemplo do Acórdão 2.420/2015-TCU-Plenário.

57. Em face da existência de omissão a incidir sobre o Acórdão 13.176/2016-TCU-2ª Câmara, entendo que os presentes embargos devem ser providos, para excluir o responsável Francisco Augusto Pereira Desideri dos subitens 9.1 e 9.2 do Acórdão 5.343/2011-TCU-2ª Câmara, tornar sem efeito o subitem 9.3 da decisão embargada e julgar suas contas regulares com ressalva.

Ante o exposto, VOTO para que o Tribunal aprove a minuta de acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de setembro de 2018.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator