

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 031.760/2008-8

Apensos: TC 001.511/2007-3, TC 027.349/2016-0 e TC 010.246/2015-0

Natureza: Embargos de Declaração.

Unidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit.

Embargantes: Construtora Sercel Ltda. (CNPJ 17.197.237/0001-07), espólio de Antônio Carlos de Melo Victório (CPF 127.025.361-15), Rui Barbosa Igual (CPF 361.213.046-34) e Amauri Sousa Lima (CPF 239.914.026-53).

Representação legal: Thiago Groszewicz Brito (OAB/DF 31.762), Diego Ricardo Marques (OAB/DF 30.782) e outros representando Construtora Sercel Ltda.; Tatiana Barbosa Farias Machado (OAB/MT 11.120) representando o espólio de Antônio Carlos de Melo Victório e os responsáveis Amauri Sousa Lima e Rui Barbosa Igual; e outros.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NEGATIVA DE PROVIMENTO A RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA CONDENAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. MÁ EXECUÇÃO, QUANTITATIVA E QUALITATIVA, DE OBRAS RODOVIÁRIAS. DÉBITOS E MULTAS. CONHECIMENTO DOS EMBARGOS. REVISÃO DE OFÍCIO PARA TORNAR INSUBSISTENTE MULTA APLICADA A RESPONSÁVEL FALECIDO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. INEXISTÊNCIA DAS OMISSÕES, CONTRADIÇÕES E OBSCURIDADES ARGUIDAS. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DE MÉRITO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA AOS EMBARGANTES.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Construtora Sercel Ltda., pelo espólio de Antônio Carlos de Melo Victório e pelos servidores Rui Barbosa Igual e Amauri Sousa Lima contra o acórdão 1.128/2017 - Plenário, que negou provimento a recursos de reconsideração e manteve a condenação em débito e as multas imputadas pelo acórdão 1.534/2012, alterado pelos acórdãos 1.174/2014 e 3.062/2015, todos do Plenário.

2. A Construtora Sercel Ltda. arguiu supostas omissões, nos termos do seguinte excerto (peça 225):

“FATOS.

3. Tratam os autos de Recurso de Reconsideração interposto em face do v. Acórdão n. 1534/2012-TCU-Plenário, integrado pelos r. Acórdãos n. 1174/2014-TCU-Plenário e 3062/2015-TCU-Plenário, que julgou irregulares as contas da empresa ora Embargante, condenando-a ao ressarcimento do valor histórico de R\$747.737,81, assim como ao pagamento de multa fixada em R\$74.000,00, em decorrência de irregularidades nas obras de construção e pavimentação da BR-364/MT.

4. Em suas razões recursas, a ora Embargante aduziu que:

- (i) A espessura média da camada de rolamento no trecho executado era de 4,94cm, ao passo que o projeto da rodovia indicava uma espessura de 5,0cm, o que representa pequena variação admitida nos normativos então vigentes;
- (ii) A perícia realizada não considerou o decurso de tempo entre as obras e a realização dos trabalhos, assim como o volume de tráfego na rodovia em questão, fato este que justifica a diferença identificada na espessura da camada de rolamento;
- (iii) A execução da camada de base também está dentro do limite de regularidade, apresentando média 19,4cm, cujo percentual se encontra dentro dos limites aceitáveis à época;
- (iv) A espessura da camada de sub-base teve média de 21,6cm, superior, portanto, ao previsto no projeto, que era de 20cm;
- (v) As amostragens realizadas - cinco - têm pouca representatividade, se levado em consideração a totalidade executada (cinco quilômetros);
- (vi) Diante das especificidades da obra, a empresa contratada se viu obrigada a modificar o local de aquisição de brita para execução das camadas de base e de rolamento;
- (vii) Foi inobservado o devido cumprimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa;
- (viii) As sanções acessórias estão prescritas.

III. MÉRITO RECURSAL.

111.1. OMISSÃO: ITENS (I), (III), (IV) E (V) DO PARÁGRAFO 4 DO PRESENTE RECURSO.

5. O relatório que precede o v. Acórdão n. 1128/2017-TCU Plenário traz as considerações da i. Serur, dando especial destaque aos argumentos postos pelas empresas Enpa Engenharia e Parceria Ltda. e Construtora Tamasa Engenharia S/A, no sentido de que as medições, por parte do 9º Batalhão de Engenharia de Construções do Exército Brasileiro, não deveriam ser aceitas.

6. A única citação à tese recursal apresentada pela ora Embargante, quanto a esse tema, é feita no item 6.5, que trata do ponto (ii) do parágrafo 4 da presente petição.

7. Assim, a r. decisão ora embargada foi omissa quanto às colocações resumidas nos itens (i), (iv) e (v) do parágrafo 4 acima, as quais constam na totalidade nos tópicos 111.1.1, 111.1.2 e 111.1.3 do Recurso de Reconsideração juntado à peça 91 dos autos, questões estas que devem ser objeto de manifestação expressa por esse E. TCU, caracterizando, assim, omissão que deve ser sanada pelo recurso em tela.

111.11. OMISSÃO: ITEM (VI) DO PARÁGRAFO 4 DO PRESENTE RECURSO

8. Quanto ao posto no item (vi) do parágrafo 4 dos presentes aclaratórios, o v. Acórdão n. 1128/2017-TCU-Plenário afirma que a ora Embargante foi contratada para dar continuidade aos serviços inicialmente executados pela empresa Agrimat Engenharia Indústria e Comércio. Ou seja, deveriam ser mantidos os mesmos termos da proposta vencedora, inclusive no que se refere ao preço.

9. De acordo com o decidido, 'não poderia a empresa alegar que os preços praticados nos termos contratuais lhe seriam desfavoráveis para justificar condições especiais e pagamentos acima do previsto'.

10. Renovando-se as vênias, as justificativas apresentadas em Recurso de Reconsideração não têm ligação alguma com as considerações apresentadas no voto condutor da r. decisão ora embargada.

11. Relembrando: a empresa Agrimat Engenharia, Indústria e Comércio foi a vencedora da licitação que tinha por objeto a construção de trechos rodoviários na BR-364/MT. Diante da rescisão da avença derivada desse certame, a ora Embargante foi contratada para finalizar a obra em questão, mais especificamente os últimos 5 (cinco) quilômetros.

12. Inobstante ter aceitado as condições pactuadas no acordo rescindido, certo é que a ora Embargante jamais poderia se beneficiar de algumas situações de fato já consolidadas. Uma delas trata especificamente dos custos incorridos com o transporte de brita para o local das obras.

13. A primeira contratada recebeu o material da pedreira Tangará, que fica a 214,5 quilômetros do km 1.131,1 BR-364/MT, local que teve início as obras. Por sua vez, como não iniciou as atividades, a ora Embargante recebeu o referido insumo em local mais distante daquele previsto no contrato inicial firmado com a empresa Agrimat Engenharia, Indústria e Comércio.

14. Ou seja, como ficou responsável pela construção dos últimos quilômetros, a distância para recebimento da brita era maior que aquela prevista inicialmente, quando da contratação originária. Se a ora Embargante tivesse executado a obra desde o início, tal situação não teria ocorrido e, por conseguinte, não existiria custo adicional com o transporte de material.

15. Daí, portanto, ser correto o valor medido, visto que, do contrário, estará a empresa contratada para executar o objeto remanescente sofrendo prejuízo, pois terá que tirar do seu próprio bolso recursos com aumento do transporte, sendo que não concorreu para a alteração do local de entrega do insumo.

16. Veja-se que não se questiona os valores firmados, mas sim os custos adicionais decorrentes da alteração do local previsto inicialmente para entrega.

III. PEDIDO.

17. Diante do exposto, requer a ora Embargante o conhecimento do presente recurso, eis que interposto dentro do prazo fixado, bem como o seu provimento para ver supridas as omissões acima apontadas, conferindo caráter infringente ao presente recurso, no sentido de que as presentes contas sejam julgadas regulares, visto a inexistência de dano ao erário ou Outra irregularidade capaz de ensejar a aplicação de qualquer sanção.

3. A representante do espólio de Antônio Carlos de Melo Victório trouxe informação sobre o falecimento desse responsável em 20/2/2017, o que implicaria extinção de sua punibilidade (peça 226). Foram citadas deliberações do TCU e o § 2º do art. 3º da Resolução TCU 178, que fundamentariam a exclusão da multa em decorrência do falecimento do responsável antes do trânsito em julgado da decisão. Com base nessas alegações, a representante do espólio requereu:

3.1 - A juntada da certidão de óbito, bem como a admissão do Espólio do Sr. Antônio Carlos de Melo Victório, através da sua inventariante, no polo passivo da presente ação, em sua substituição legal;

3.2 - O recebimento dos presentes embargos de Declaração, posto que cabíveis e tempestivo, assim como o seu acolhimento, com a atribuição de efeitos infringentes ao mesmo, a fim de que seja excluída a condenação do servido falecido Antônio Carlos de Melo Victório ao pagamento de multa, imposta no item 9.10.1 do Acórdão de nº 1534/2012, pelas razões acima expostas;

3.3 - Da mesma forma, que seja excluída a responsabilidade do referido servidor falecido, Antônio Carlos de Melo Victório por qualquer dano eventualmente apurado, por restarem prejudicadas as aplicações dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da busca da verdade real.

4. O responsável Rui Barbosa Igual, por sua vez, alegou contradições e omissões no acórdão, com base nos seguintes argumentos (peça 227):

3 - DAS FUNÇÕES EXERCIDAS PELO EMBARGANTE:

Depreende-se do relatório do Acórdão, que Embargante foi responsabilizado em razão de ter atuado **como Fiscal e agente responsável pela elaboração das medições, chefe de serviço de engenharia e chefe do setor de construção, além do cargo de agente de serviços de engenharia**, contudo, ao contrário do que consta do relatório, há flagrante contradição entre as efetivas funções ocupadas pelo mesmo, conforme quadro de funções de fls. 714, abaixo transcrito:

PERÍODO	FUNÇÃO GRATIFICADA
17/11/1994 - 14/02/2002	Chefe de setor de Construção
13/03/2002 - 06/08/2002	Função Gratificada - Inventariança
10/ 12/2004 - 19/07/2005	Função Gratificada
20/07/2005 - 19/11/2006	Chefe de Serviço de Engenharia
20/11/2006 - 09/06/2010	Superintendente Regional

Considerando o quadro trazido pelo relatório do Acórdão, conclui-se, pois, que o Embargante exercia o cargo de Chefe do Setor de Construção quando da assinatura das 2ª, 3ª, 4ª e 6ª medições provisórias do contrato PD/11-009/2001-00 - TAMASA, assim como das 3ª e 4ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - ENPA.

Por outro lado, percebe-se que o Embargante exercia, efetivamente, a função gratificada como ENGENHEIRO DA INVENTARIANÇA na 7ª, 8ª e 12ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - ENPA e 12ª medição provisória do contrato PD/11-009/2001-00 - TAMASA, sendo que nessa última função, não lhe era atribuída a chefia de nenhum setor, dado ao processo de transição entre o DNER/ DNIT.

Já no tocante a 17ª, 20ª, 21ª, 22ª, 23ª e 24ª medições provisórias do contrato PD/ 11-009/2001-00 - TAMASA e, ainda, com relação à 17ª, 19ª, 21ª e 22ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - ENPA, O EMBARGANTE NÃO OCUPAVA NENHUM CARGO DE CHEFIA NA AUTARQUIA, bem como sequer possuía função gratificada, tudo conforme se extrai da ficha de fls. 714 e 718 dos presentes autos.

Por fim, no que tange o contrato UT /11.021/2004-00 - SERCEL, o mesmo ocupava o cargo de fiscal da obra, além de cumular o cargo de Chefe de Serviço de Engenharia, quando da assinatura das 9ª e 16ª Medições Provisórias do contrato de nº UT/11.021/2004-00 - Construtora Sercel Ltda., e, ainda, de Superintendente Regional quando do encaminhamento das 17ª e 18ª Medições Provisórias do referido contrato.

4 - DA CONTRADIÇÃO EXISTENTE NA ANÁLISE E QUE CULMINOU COM A MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO DE Nº 1534/2012:

Verifica-se, pois, que ao apresentar as responsabilizações atribuídas ao Embargante, a equipe técnica o faz considerando os cargos que o mesmo exercia na data do processamento de cada medição.

No que pertine ao Contrato PD/11-013/2001-00, vê-se que o Embargante foi responsabilizado como ocupante do cargo de agente de serviços de engenharia e da função de Chefe do Setor de Construção em Mato Grosso /DNER de 17/1/1995 a 13/2/2002 e de funções gratificadas de 13/3/2002 a 6/8/2002 e de 10/12/2004 e 19/7/2005 (item 9.9.2 do acórdão recorrido):

(...)

Verifica-se nesse item, que as responsabilizações atribuídas ao Embargante se refere ao cargo ocupado pelo mesmo na data da assinatura das medições, sendo que nesse contrato especificamente, verifica-se que nas datas da assinatura da 7ª, 8ª e 12ª medição, o Embargante ocupava o cargo de Função Gratificada - Inventariança.

Contudo, na data da assinatura das 17ª, 19ª, 21ª e 22ª medição, o Embargante não ocupava **NENHUM** cargo no órgão, o que importa em dizer que nesse período o mesmo não tinha nenhuma atribuição funcional de chefia no que tange a fiscalização da execução dos contratos, de forma que a sua assinatura ali acostada tinha tão somente a finalidade de dar encaminhamento dos processos de medição.

O mesmo se verifica no Contrato PD/11-009/2001-00, onde o Embargante foi responsabilizado como ocupante do cargo de agente de serviços de engenharia e da função de Chefe do Setor de Construção em Mato Grosso /DNER de 17/1/1995 a 13/2/2002 e de função gratificada no período de **13/3/2002 a 6/8/2002**, senão vejamos:

Medição	Data da elaboração da ficha de medição	Data da medição eletrônica	Data do pagamento	Débito PI	Débito PI + reajuste
2ª	1/10/2001	1/10/2001	24/10/01	66.974,22	66.974,22
3ª	1/10/2001	1/11/2001	23/11/01	598.674,29	651.072,88
4ª	1/12/2001	3/12/2001	26/03/02	211.599,95	211.599,95
6ª	1/2/2002	7/2/2002	03/05/02	393.282,29	428.037,13
12ª	1/7/2002	23/8/2002	29/05/03	217.675,33	236.098,81
17ª	1/12/2002	17/12/2002	22/06/04	15.264,46	16.789,26
20ª	1/9/2003	18/9/2003	01/03/04	35.134,23	44.919,12
21ª	1/10/2003	2/10/2003	01/03/04	248.768,48	318.050,50
22ª	1/11/2003	10/11/2003	08/04/04	26.167,65	35.228,70
23ª	1/12/2003	10/12/2003	08/07/04	17.649,55	23.761,05
24ª	31/12/2003	14/01/2004	09/07/04	30.707,23	41.340,20
Débito				1.861.897,67	2.073.871,79

Nesse contrato, o Embargante ocupava o cargo de função gratificada - Inventariança quando da assinatura das 6ª e 12ª medições e, da mesma forma, não ocupava **NENHUM** cargo quando do encaminhamento das 17ª, 20ª, 21ª, 22ª, 23ª e 24ª medições.

Assim, se mostra flagrante a Contradição constante nos quadros acima, posto que, repita-se, o Embargante é responsabilizado pela função exercida por um cargo em um período diverso daquele que o mesmo exercia, efetivamente, a aludida função.

Não se pode permitir que, como pretende o relatório apresentado, impingir uma responsabilidade ao Embargante em função de um cargo que o mesmo não exercia, já que em se tratando de serviço público, não é permitido se atribuir responsabilidade administrativa por analogia ou por extensão, já que todos os atos administrativos são atos formais, logo, precisam estar cercados de todos os procedimentos legais para que tenham validade.

Dessa forma, não há que se falar em qualquer penalização do Embargante pelo período de 07/08/2002 a 09/12/2004, uma vez que nesse período, repita-se e frise-se, o Embargante não tinha NENHUMA função de chefia que o atribuía a função de fiscalizar a execução dos contratos.

É importante enfatizar que as obras, objeto da presente Tomada de Contas, são obra de construção de rodovias, logo, diretamente ligadas ao setor de construção, que é um setor independente, conforme consta no quadro atribuições das funções do DN IT, juntada nos autos, às fls. 714 e 718.

Assim é flagrante a contradição entre a responsabilização do Embargante, em decorrência da culpa *in vigilando*, em processos de medição onde o mesmo não ocupava o cargo de chefe do setor de construção, o que se vê nas 7ª, 8ª e 12ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - ENPA e 12ª medição provisória do contrato PD/11-009/2001-00 - TAMASA, período em que o mesmo exercia, efetivamente, a função gratificada como engenheiro da inventariança, de modo que não lhe era atribuída a chefia de nenhum setor, dado ao processo de transição entre o DNER/ DNIT.

O mesmo se verifica na 17ª, 20ª, 21ª, 22ª, 23ª e 24ª medições provisórias do contrato PD/11-009/2001-00 - TAMASA e, ainda, com relação à 17ª, 19ª, 21ª e 22ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - ENPA, período em que o Embargante não ocupava nenhum cargo de chefia na autarquia, bem como sequer possuía função gratificada, tudo conforme se extrai da ficha de fls. 714 e 718 dos presentes autos.

Essa contradição se mostra evidente ainda, ao analisarmos o quadro constante do item 9.2 do relatório do presente Acórdão e, ainda, no Acórdão anterior, ou seja, o de nº 1534/2012, onde no relatório a equipe técnica reconhece que o Embargante não exercia o cargo de chefe do setor de construção, como se transcreve abaixo:

287. No Contrato PD-11-013/2001, executado pela Construtora Enpa Engenharia e Parceria Ltda., o agente do serviço de engenharia Rui Barbosa Igual atestou eletronicamente as 2ª, 3ª e 4ª medições, à época, como chefe do setor de construção. Após essa data, no período de transição das atribuições do extinto DNER para o DNIT, o Sr. Rui Barbosa Igual atestou as 7ª e 8ª medições enquanto assumia função comissionada na inventariança do DNER.

288. Quanto às medições 12ª, 17ª, 19ª, 21ª e 22ª, o responsável validou esses documentos como agente do serviço de engenharia.

289. Entende-se que essa situação, em que pese o servidor não ocupar à época cargo de chefia, não exclui sua responsabilidade pelo ato, uma vez que a responsabilidade por ele assumida não afastaria o dever de assegurar que os serviços estariam sendo executados de acordo com as medições, visto que assinava como agente subordinado do chefe do serviço de engenharia, realizando a verificação como à época em que ocupava o cargo de chefe de setor, no extinto DNER.

299. Quanto às irregularidades apuradas no Contrato PD-11-009/2001, executado pela Construtora Tamasa Engenharia S/A, o Sr. Rui Barbosa Igual atestou também a maioria das medições.

As primeiras medições como chefe do setor rodoviário, a 12ª medição com função comissionada da inventariança do extinto DNER e as últimas como agente do serviço de engenharia. E, considerando o exposto nos parágrafos anteriores, por similaridade da situação, ele deve ser considerado como responsável solidário pelo débito apurado nas 2ª a 4ª, 6ª, 12ª, 17ª e 20ª a 24ª medições.'

Dessa forma, é flagrante a contradição existente entre a manutenção da responsabilidade solidária do Embargante nas medições acima, considerando que o mesmo não tinha a função de acompanhar e fiscalizar as obras desse setor, simplesmente, como já referido, porque não era chefe do aludido setor.

Ao concluir a análise das justificativas e estabelecer as responsabilidades, a auditora atribui ao Embargante responsabilidades que seriam, segundo ela própria afirma, do chefe do setor de construção, em períodos onde o mesmo não exercia tal função, ou seja, onde o mesmo exercia somente a função de engenheiro da inventariança (13/03/2002 a 06/08/ 2002) e, ainda, quando não exercia nenhuma função comissionada (07/08/2002 a 09/12/2004).

Analisando-se, contudo, com a acuidade necessária, 7ª, 8ª, 12ª, 17ª, 19ª, 21ª e 22ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - EN PA e 12ª, 17ª, 20ª, 21ª, 22ª, 23ª e 24ª medições provisórias do contrato PD/11-009/2001-00 - TAMASA, vê-se que o Embargante não assina como CHEFE DO SETOR DE CONSTRUÇÃO, como sugere a relatora, ao contrário, o mesmo tão somente assina dando encaminhamento ao processo, no formulário já existe, onde se vê nitidamente que o seu carimbo o identifica tão somente como engenheiro e, ainda, não exercia a função da chefia referida pela auditora.

Cumprе destacar, nesse mister, que é clara e evidente o equívoco trazido no relatório elaborado, post o que o mesmo, a todo momento, EQUIPARA o Embargante a cargo totalmente diverso daquele que o mesmo ocupa oficialmente, o que, indiscutivelmente, é inadmissível em se tratando de administração pública, onde os

atos são, necessariamente formais e deverão, obrigatoriamente, advirem de uma portaria de nomeação, como estabelece a Lei nº 8.112/90.

Nas datas em que as obras foram executadas e as medições foram assinadas, o recorrente exercia função totalmente diversa daquela a que lhe foi equivocadamente atribuída no relatório, ou ainda, em algumas oportunidades, como é o caso da 17ª, 20ª, 21ª, 22ª, 23ª e 24ª medições provisórias do contrato PD/11- 009/2001-00 - TAMASA e, ainda, a 17ª, 19ª, 21ª e 22ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - ENPA, o recorrente NÃO OCUPAVA NENHUMA CHEFIA NO ÓRGÃO, permanecendo no mesmo, na qualidade de engenheiro, de modo que não pode a ele ser atribuída qualquer responsabilidade por ato de terceiros, já que não havia qualquer subordinação e função a ele designada.

Outra questão que merece destaque, no que concerne à função ocupada pelo recorrente, é que no período de 13/03/2002 a 06/08/2002, data em que foram encaminhadas as 7ª, 8ª e 12ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001- 00 - ENPA e 12ª medição provisória do contrato PD/11-009/2001-00 - TAMASA, o mesmo figurava nos quadros da autarquia como AGENTE DE ENGENHARIA do processo de inventariança, e ocupava a FG-3, logo, a ela não era atribuída nenhuma função.

Cumprir destacar, por oportuno, que nesse período, o órgão encontrava-se em processo de transição do DNER para o DNIT, no caso a inventariança do DNER em extinção, onde foi nomeada uma Representante da Inventariança do DNER em extinção, e juntamente com ela, o ora recorrente na qualidade de agente, de modo que houve uma redução considerável no quadro de servidores que, por sua vez, ficaram responsáveis por dar encaminhamento a todos e quaisquer processos e/ou trabalhos de mero expedientes realizados pelo DNER, como foi o caso das presentes medições, o que, inclusive, foi reconhecido pela auditora no item 293 do relatório (fls. 764), tendo, inclusive, acertadamente, excluído a responsabilidade anteriormente atribuída à servidora acima citada, como se vê:

'293. Ressalte-se que, conforme alegado pela responsável, enquanto esteve na função de representante da inventariança, tinha como atribuição dar o encaminhamento a todos e quaisquer processos e/ou trabalhos de expediente realizados pelo DNER, não havendo, portanto, pela servidora, a possibilidade de acompanhamento das obras em campo.'

Tal item deixa evidente, que a Relatora reconhece a excepcionalidade daquele momento, tanto que exclui a responsabilidade da Coordenadora do processo de inventariança justamente por verificar a ocorrência desse processo de transição, bem como a total impossibilidade de se verificar obra em campo, simplesmente porque tais obras haviam sido realizadas muito tempo antes e, ainda porque nem a coordenadora, nem o recorrente, tinham a função para tal.

Necessário frisar, também, que durante o processo de Inventariança do DNER em extinção, somente eram executados os serviços burocráticos, uma vez que grande parte dos servidores já haviam sido transferidos para o DNIT que já havia sido criado e estava iniciando as suas atividades, tanto que o recorrente na qualidade de agente de serviço da inventariança, foi um dos últimos servidores a serem removidos para o novo órgão, a fim, justamente, de que as questões burocráticas, como transferências dos contratos e outros papéis, sendo que todas as pendências foram assinadas pelo Inventariante.

5 - DAS MEDIÇÕES EM QUE O RECORRENTE EFETIVAMENTE TINHA A FUNÇÃO DE CHEFE DO SETOR DE CONSTRUÇÃO:

Ao contrário do que alega a equipe técnica ao elaborar o relatório apresentado, o Embargante não tenta se eximir de todas as responsabilidades a ele atribuídas por entender que não merece ser responsabilizado em nenhuma situação, ao contrário, o mesmo tão somente se defende das imputações que lhe são impostas, considerando a situação fática e a legislação em vigor, o que lhe é permitido.

Assim se deu quando o mesmo, ao se referir às 2ª, 3ª, 4ª e 6ª medições provisórias do contrato PD/11-009/2001-00 - TAMASA, assim como das 3ª e 4ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - ENPA, onde assinou na qualidade de Chefe do Setor de Construção, alegou que se baseou nos dados trazidos pelo fiscal do contrato.

Tal situação não poderia ser diferente e tampouco ser vetada, posto que, ao julgar um processo de tomadas de conta, esperar-se que esse Tribunal busque a verdade real e material que envolve os fatos ocorridos, sendo assim, deve ser considerada a total falta de condições que assolava o DNER/DNIT na data da realização das obras, objetos da presente ação, já amplamente debatida no Recurso de reconsideração interposto.

Vê-se, dessa forma, que o Recorrente, na qualidade de Chefe do Setor de construção quando da assinatura da 2ª, 3ª, 4ª e 6ª medições provisórias do contrato PD/ 11-009/2001-00 - TAMASA, assim como das 3ª e 4ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - ENPA, não tinha a mínima condição física de

acompanhar com o devido zelo e com a assiduidade necessária, a realização das obras, conforme sugere a auditora do relatório elaborado, já que o mesmo, nesse período, era responsável pela fiscalização de outras diversas obras, em trechos totalmente diferentes do que está sendo analisado na presente TC.

Ademais, uma simples análise das cópias das medições acima descritas, assinadas pelo recorrente, comprova que o teor do aludido despacho é muito diferente daquele que a auditora afirma ter sido assinado, já que ali, ao contrário do que consta do relatório, no item acima transcrito, o recorrente em momento algum atesta a qualidade do serviço, já que não poderia fazê-lo por absoluta e intransponível falta de competência para tal, mas tão somente faz o encaminhamento utilizando-se de formulário padrão, já que não poderia fazê-lo pelos fatores já citados, já que os despachos exarados cuidam das questões meramente formais, sem efetivamente realizar uma análise qualitativa ou quantitativa, com base nos documentos apresentados pelo Engenheiro Residente, conforme se verifica a seguir:

'1. Esta é a _____, com período líquido de _____ a _____ do contrato acima referido; 2. Existem quantitativos suficientes para a cobertura dos serviços medidos; 3. Os itens de serviço discriminados e os seus cálculos foram conferidos e assinados pelo Engenheiro Residente; 4. Há saldo de empenho suficiente para esta medição.'

Cabe ainda ressaltar que um dos documentos acostados aos autos no processo de medição é o Relatório Mensal, onde no Item IV - QUALIDADE DO SERVIÇO consta o seguinte:

'Os serviços foram executados dentro das Especificações e Normas Técnicas do DNER.

Não houve imprevistos durante a execução dos Serviços propostos neste período.

A Medição obedece aos quantitativos de campo que são devidamente apropriados pela fiscalização. (grifo nosso)

Os materiais empregados atendem às especificações.

A mistura betuminosa é de qualidade satisfatória e foi analisada no laboratório do Canteiro e os resultados acompanham a Medição.

A firma vem atuando conforme determina a Fiscalização, e no atendimento às exigências do Contrato ' E complementa no Item IX - Observações Gerais:

'No que compete a esta fiscalização, julgamos estar a Empresa no desempenho satisfatório dos serviços contratados.'

Note-se, assim, que evidentemente se trata de uma análise quanto a questões meramente formais para encaminhamento da medição, sem NENHUMA análise relativa à qualidade ou à conferência dos quantitativos de serviços quanto à sua execução ou não, ao contrário, somente encaminhou os documentos exatamente conforme apresentado pelo Engenheiro Residente, que no caso era o fiscal da obra.

6 – DOS PEDIDOS:

Assim, por todo o exposto, **REQUER-SE:**

6.1 - O recebimento dos presentes embargos de Declaração, posto que cabíveis e tempestivo, assim como o seu acolhimento, com a atribuição de efeitos infringentes ao mesmo, a fim de que:

6.2 - Que seja sanada a contradição apontada, a fim de que seja excluída a responsabilidade do Embargante no tocante às 7ª, 8ª e 12ª medições provisórias do contrato PD/ 11-013/2001-00 - ENPA e 6ª e 12ª medição provisória do contrato PD/11- 009/2001-00 - TAMASA, posto que nesse período o Embargante exercia, efetivamente, a função gratificada como ENGENHEIRO DA INVENTARIANÇA, onde não possuía qualquer chefia, atuando tão somente para dar encaminhamento formal às medições;

6.3 - Da mesma forma, igualmente contraditória, que seja excluída a responsabilização do Embargante no tocante a 17ª, 20ª, 21ª, 22ª, 23ª e 24ª medições provisórias do contrato PD/11-009/2001-00 - TAMASA e, ainda, com relação à 17ª, 19ª, 21ª e 22ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - ENPA, uma vez que, indiscutivelmente, o Embargante não ocupava NENHUM CARGO DE CHEFIA NA AUTARQUIA, BEM COMO SEQUER POSSUÍA FUNÇÃO GRATIFICADA, não podendo ser responsabilizado por qualquer problema advindo da execução da obra, por absoluta falta de previsão legal.

6.4 - Ainda em flagrante contradição aos documentos carreados, à realidade fática e às normas em vigor, que seja reconhecido que, mesmo na condição de Chefe do Setor de Construção quando da assinatura das 2ª, 3ª, 4ª e 6ª medições provisórias do contrato PD/11-009/2001-00 - TAMASA, assim como das 3ª e 4ª medições provisórias do contrato PD/11-013/2001-00 - ENPA, o Embargante tão somente deu encaminhamento aos dados trazidos de campo, numa análise quanto a questões meramente formais para encaminhamento da medição, sem NENHUMA análise relativa à qualidade ou à conferência dos quantitativos de serviços quanto à sua execução ou não, o que torna contraditória a manutenção da sua responsabilização também no tocante a tais medições.

6.5 - Que seja analisada a questão debatida pelo Embargante no item 3.3 do Recurso de reconsideração interposto, onde o mesmo debate as CONCLUSÕES EXTRAÍDAS DO LAUDO PERICIAL PELA SECOP NO TOCANTE AO CONTRATO DE NQ UT- 11.021/2004-00, já que o Acórdão embargado se mostra omissivo no que tange tal argumento.”

5. Por fim, o responsável Amauri Sousa Lima trouxe as seguintes contestações, que, a seu ver, caracterizariam contradições no acórdão embargado (peça 228):

“3 - DA CONTRADIÇÃO EXISTENTE ENTRE O RELATÓRIO EMITIDO E AS NORMAS EM VIGOR NA DATA DO PROCESSAMENTO DA MEDIÇÃO:

Verifica-se, após uma análise de todo o arrazoado processual, que após o pedido de reconsideração da decisão, essa Colenda Corte de Contas manteve-se a condenação imposta ao Embargante referente à 11ª medição do contrato PD-11- 009/2011, oportunidade em que o referido servidor ocupava o cargo de CHEFE DO SERVIÇO DE ENGENHARIA DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES- DNIT, conforme acima transcrito.

Verifica-se especificamente, que no item 5.8 do relatório utilizado como argumento para a manutenção da referida condenação foi o abaixo transcrito:

‘(...) No entanto, não é aceitável que o chefe do serviço de engenharia não tenha conhecimento dos serviços efetivamente realizados, caso ele tenha assumido diretamente as atribuições de seus subordinados, pois, para isso, deveria ele ter-se certificado em campo que os serviços foram executados de acordo com o projeto e com a medição.

(...)

300. (...) No caso da 11ª medição, o chefe de serviço de engenharia do DNIT à época, o Sr. Amauri Sousa Lima, também atestou a medição, sendo esse agente também responsável pelo débito.’

Pelo acima exposto, entende a auditoria do Tribunal de Contas da União, que o chefe de serviço de engenharia do DNIT teria assumido as atribuições do Chefe do Setor de Construção, e o penaliza por tal conduta.

Ocorre, que tal assertiva se mostra totalmente incoerente com a situação do órgão naquela oportunidade, o que levou o Acórdão a se tornar totalmente contraditório com a realidade fática, posto que a Chefia de Setor de Construção era um cargo existente no Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER e não no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

Importante explicar, nesse diapasão, que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes foi criado pela Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001.

Porém, ocorreu um processo de inventariança no do DNER, oportunidade em que o referido órgão teve a sua estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas da autarquia aprovados pelo Decreto Nº 4.129, de 13 de fevereiro de 2002, publicada no D.O.U. de 14 de fevereiro de 2002.

No referido Decreto no artigo 4º, inciso V, parágrafo único, consta:

‘O DNIT instalará Unidades Administrativas Regionais onde convier para o exercício de sua competência.’

Os cargos existentes nas Unidades Administrativas Regionais, denominadas à época de UNITs, eram apenas o de Coordenador e de Chefe de Serviço que foram conforme Portarias 49 e 51, de 14 de maio de 2002, onde se pode verificar que, naquela oportunidade, não existiam cargos de chefia de setor ou similares subordinados à Chefia de Serviço de Engenharia.

Para exemplificar o aqui relatado, vê-se que no Regimento Interno, aprovado pela resolução nº 10, de 31 de janeiro de 2007, as superintendências regionais têm a seguinte estrutura organizacional, conforme artigo 5º:

‘VI - órgãos descentralizados;

a) Superintendências Regionais:

(...)

a1) Serviço de Engenharia;

a.2) Serviço de Administração e Finanças:

-Seção de Contabilidade e Finanças;

-Seção de Recursos Humanos (...)

Percebe-se, pois, que ainda no regimento interno aprovado em 2017, não existem chefias, seções ou setores subordinados ao Serviço de Engenharia, sendo que tais chefias só voltaram a constar da estrutura organizacional do órgão com o regimento interno aprovado pela Resolução 26, de 25 de maio de 2016.

Tal fato demonstra, indubitavelmente, que, ao contrário do que consta no relatório apresentado e que deu azo ao voto proferido no presente Acórdão embargado, não ocorreu portanto, a assunção de atribuição de subordinados por parte do chefe de serviço de engenharia, muito menos atestação dos serviços, como alegado pela auditoria do TCU, uma vez que não existia no DNIT o cargo de Chefe de Setor de Construção.

Para aplicação da penalidade, utilizou-se as competências de cargos e atribuições constantes do regimento interno do DNER e não do DNIT, órgãos que tem estruturas de cargos completamente diferentes, o que torna totalmente contraditória a penalização imposta e a norma legal existente, já que, ao impor a responsabilidade, a MMª Relatora assim se posicionou:

'34. Como titular do Serviço de Engenharia, esse recorrente só foi responsabilizado quando assumiu diretamente as atribuições de seus subordinados e atestou a medição realizada pelo fiscal do contrato sem a assinatura do responsável pelo setor de construções; nas situações em que se baseou em medições assinadas pelo fiscal da obra e por responsável do Setor de Construção, não foi chamado a responder pelo débito.'

Ora, na data da assinatura da medição referido, não existia na estrutura organizacional da autarquia a referida chefia de serviço, ademais conforme já relatado e constante no processo, e ainda conforme determina a Lei nº 8.666/93, existia um fiscal nomeado por portaria para exatamente efetuar os serviços de fiscalização, sendo esta atribuição do referido servidor.

Não se pode, a fim de atribuir responsabilidades, utilizar-se de normas anteriores ou posteriores à data do fato ocorrido, o que foi que ocorreu nesse processo ao penalizar o Embargante pela possível assunção de responsabilidade de cargos inexistentes.

Dessa forma, sanada a contradição acima apresentada, tem-se que a exclusão da responsabilidade do Embargante pelo encaminhamento da 11ª medição do contrato PD-11-009/2011.

4 - DA CONTRADIÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE IMPOSTA AO EMBARGANTE NA QUALIDADE DE CHEFE DE SERVIÇO DE ENGENHARIA:

Outrossim, verificando a contradição e o equívoco no que tange a normatização existe na data da assinatura e encaminhamento da 11ª medição do contrato PD-11-009/2011, verifica-se de maneira clara e indiscutível, que a manutenção da penalização do Embargante se mostra totalmente descabida e contraditória às demais decisões já proferidas nos presentes autos.

Assim é porque, o equívoco ora noticiado, uma vez a própria relatora, em sede do Acórdão de nº 1534/2012, suscita a dificuldade em se verificar os problemas denunciados, senão vejamos:

264. No caso concreto, os superfaturamentos apontados em medições dos contratos UT-11-021/2004, PD-11-013/2001 e PD-11-009/2001 tiveram origens em irregularidades ocorridas em campo, NÃO DETECTÁVEIS PELA SIMPLES CONFERÊNCIA DE DOCUMENTOS. Essas irregularidades são: 1) medição de quantitativo de serviços para execução de sub-base, de base e/ou de camada de rolamento com utilização da espessura de projeto, enquanto, em campo, a espessura executada foi inferior; e 2) medição de distâncias de transportes de brita considerando a aquisição em pedra mais distante da efetivamente utilizada.

Assim, é crível que o entendimento acima destacado, leva facilmente à conclusão de que ao Embargante na qualidade de Chefe de Serviço, não poderia ser imposta a responsabilidade pelo acompanhamento e pela fiscalização direta dos serviços realizados e que deram azo à presente TC, já que ali mesmo se vê delimitada a responsabilidade por tal acompanhamento.

Ademais, ao Embargante somente cabia a análise dos quantitativos e dos dados trazido pelo fiscal da obra ou pelo chefe do setor, conforme entendimento extraído do próprio relatório apresentado, nos itens 269 a 274 descreve as obrigações de cada cargo.

Restando, pois, delimitada pela própria auditoria técnica, a responsabilidade dos servidores de acordo com as funções dos mesmos, sendo que, ao analisar detalhadamente as atribuições de cada servidor, a Relatora subscritora do relatório técnico, reconhece que as atribuições do Chefe do Serviço de Engenharia, função exercida pelo Embargante de 2001 a abril de 2003, eram muito mais amplas, senão vejamos:

'278. Com atribuições mais amplas (fls. 719/719v.), conforme art. 115 da Resolução nº 10, de 31 de janeiro de 2007, ao chefe do serviço de engenharia competia, dentre diversas outras atividades, coordenar e orientar as atividades de construção.

(...)

281. De fato, as atividades exercidas pelo serviço de engenharia são extensas, e englobam a programação e coordenação não só de obras de construção como também de projetos e de obras de ampliação, manutenção e conservação de rodovias, e realização de pesquisas, dentre outras atribuições. Portanto, entende-se que o controle era feito com base em informações documentais, apresentadas por seus subordinados.

282. Assim, em primeira análise, poder-se-ia aceitar que o chefe do serviço de engenharia não fosse capaz de identificar as irregularidades constatadas nos autos, por serem apenas detectáveis em campo ou pelo acompanhamento direto da atuação da equipe de fiscalização e pela verificação da realização de ensaios por parte da empresa contratada ou do próprio órgão.

(... ')

Ademais, não pode deixar de considerar que, no presente processo, ao analisar a questão referente a responsabilidade de outros servidores em situações idênticas à do Embargante, ou seja, que assinaram medições na qualidade de CHEFE DE SERVIÇO DE ENGENHARIA, a Sra. Relatora acolheu as defesas apresentadas e excluiu a responsabilidade de todos eles, justamente por assinarem na condição de CHEFE DE SERVIÇO, senão vejamos:

'290. Nessas medições constata-se, além da assinatura desse servidor, a atestação do chefe do serviço de engenharia. NESSAS SITUAÇÕES, O CHEFE DO SERVIÇO DE ENGENHARIA ESTAVA ASSEGURADO PELA VERIFICAÇÃO DA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PELO FISCAL ANTÔNIO CARLOS MELO VICTÓRIO E PELO ENGENHEIRO RUI BARBOSA EGUAL, PORTANTO, SUA ANÁLISE PODERIA SER MERAMENTE DOCUMENTAL, O QUE INVIABILIZARIA A CONSTATAÇÃO DAS INCOERÊNCIAS NTR SERVIÇOS EXECUTADOS E MEDIDOS.

291. Diante dessas observações, afasta-se a responsabilidade do Sr. Amauri Souza Lima em relação ao superfaturamento nas 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 11ª, 12ª e 17ª medições do Contrato PD-11-013/2001.

292. Seguindo o mesmo raciocínio, também se afasta a responsabilidade da Sr.ª Moema Miranda Martins Melhorança quanto ao superfaturamento detectado nas 3ª, 8ª e 9ª medições do Contrato PD-11-013/2001, pois assinou a primeira como substituta do chefe de engenharia e as duas últimas como representante da inventariança.

(...)

294. TAMBÉM, POR ESTAR NA FUNÇÃO DE CHEFE DE ENGENHARIA AO ASSINAR AS 21ª, 22ª E 23ª MEDIÇÕES DO CONTRATO PD-11-013/2001, AFASTA-SE A RESPONSABILIDADE DE SR. SÉRGIO LUIS MORAIS MAGALHÃES.'

Tal fato não deixam margem a qualquer dúvida de que a manutenção da penalização imposta ao Embargante se mostra à toda evidência, CONTRADITÓRIA em total desacordo com as demais decisões proferidas nos presentes autos, posto que restou afastada a responsabilidade de todos os servidores que assinaram na função de CHEFE DE SERVIÇO DE ENGENHARIA, no que tange às demais medições e, ainda, nessa própria medição, como abaixo transcrito:

'301. (...) Também se propõe o afastamento da responsabilidade no débito relativo ao PD-11-013/2001 dos servidores que assinaram a medição após a conferência e assinatura do Sr. Rui Barbosa Egual ou do Sr. Orlando Fanaia Machado, sendo esses: a Sr.ª Moema Martins Melhorança e o Sr. Laércio Coelho Pina. Pelo mesmo motivo, afasta-se a responsabilidade do Sr. Amauri Sousa Lima em relação às 12ª e 17ª medições.'

Repita-se, por oportuno, que que todas as responsabilizações acima especificadas, foram anteriormente atribuídas pelo exercício do cargo de CHEFE DE SERVIÇO DE ENGENHARIA, logo, não se pode ter qualquer dúvida acerca do entendimento desse Relator que, ao acompanhar o descrito nos itens acima do relatório apresentado, coaduna com o entendimento de que não se pode cobrar do Chefe de serviço de engenharia o acompanhamento e a fiscalização direta das obras, exatamente como é o caso do Embargante.

Ora, se há o reconhecimento expresso de que as supostas irregularidades não são detectáveis pela simples conferência de documentos, se mostra descabida e controvertida a manutenção da responsabilidade solidária imposta ao Embargante que **'não tinha a função de acompanhar e fiscalizar as obras desse setor, simplesmente, como já referido, porque não era chefe do aludido setor,** mas sim CHEFE DE SERVIÇO DE ENGENHARIA que, **'Com atribuições mais amplas {fis. 719/719v.}, conforme art. 115 da Resolução nº 10, de 31 de janeiro de 2007, ao chefe do serviço de engenharia competia, dentre diversas outras atividades, coordenar e orientar as atividades de construção'**, a teor do que dispõe o item 278 do relatório.

Dessa forma, se mostra totalmente contraditória e incoerente a manutenção do Embargante como responsável solidário do suposto dano apurado no serviço constante da 11ª medição do Contrato PD/11-009/2001-00, até porque, repita-se, o mesmo tão somente assinou a medição dando encaminhamento à mesma no processo de liquidação, na qualidade de Chefe de Serviço de Engenharia, que era o cargo que ocupava à época.

Ademais, como já comprovado, não havia naquela ocasião, a função de Chefe do Setor de Construção, logo, o mesmo não poderia estar exercendo uma função inexistente, até porque, em se tratando de serviço público, qualquer atribuição deve ser oficialmente lizada pelo instrumento normativo devido, não se admitindo, como se deu no presente caso, uma imputação de responsabilidade por assunção de uma função, repita-se, inexistente.

A função do cargo de Chefe de Serviço de Engenharia, que era o exercido pelo Embargante naquela oportunidade, tinha as mesmas atribuições que o cargo exercido em outras oportunidades pelos outros servidores, logo, a isenção da responsabilização daqueles, impõe, necessariamente, a isenção da responsabilidade do ora Embargante, até por uma questão de obediência ao princípio constitucional de igualdade.

Seria um contrassenso manter a responsabilidade do Embargante pelo mesmo fato que foi excluída a responsabilidade de outros servidores, tão somente pelo fato de que, naquela época, não existia o Cargo de Chefe do Setor de Construção, logo, não se pode exigir do ora Embargante uma conduta diversa daquela que ele poderia praticar na oportunidade.

5 - DOS PEDIDOS:

Assim, por todo o exposto, **REQUER-SE:**

5.1 - O recebimento dos presentes embargos de Declaração, posto que cabíveis e tempestivos;

5.2 - O acolhimento do mesmo, a fim de que seja sanada a contradição existente, no que tange a alegação de que o Embargante assumiu a função de Chefe do Setor ao dar encaminhamento à 11ª medição do contrato PD-11- 009/2011, posto que, como comprovado, naquela ocasião não havia essa função na estrutura do órgão;

5.3 - Por conseguinte, consubstanciado nas outras decisões proferidas, que seja reconhecida a contradição na manutenção da responsabilidade do Embargante, na função de Chefe de Serviço de Engenharia, posto que tal carga não possuía a função de fiscalizar a execução da obra, como reconhecido nesse mesmo processo com relação a outros servidores que ocuparam tal cargo.”

É o relatório.