

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara
TC 006.377/2015-7 [Apenso: TC 032.215/2017-7]
Natureza: Embargos de Declaração (Tomada de Contas Especial).
Entidade: Município de Epitaciolândia – AC.
Embargante: Tomás de Aquino Pereira Neto (064.638.352-34).
Representação legal: Ana Maria Chalub de Aquino (4480/OAB-AC), representando Tomás de Aquino Pereira Neto.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. EXECUÇÃO DE OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO. FRAUDE NA EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. CONHECIMENTO E REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Tomás de Aquino Pereira Neto (peça 92) em face do Acórdão 8994/2018-TCU-Primeira Câmara, por meio do qual o Tribunal negou provimento ao recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão 7507/2017-TCU-Primeira Câmara, que julgou irregulares as contas dos responsáveis, condenando-os ao ressarcimento do débito e aplicando-lhes multa.

2. A responsabilização do ora embargante decorreu da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica de Elo Engenharia, por meio do Acórdão 4156/2016-TCU-Primeira Câmara, em razão da participação da citada empresa em fraude na execução das obras e abuso de direito.
3. Nesta oportunidade, Tomás de Aquino Pereira Neto alega que a deliberação recorrida estaria eivada de omissões e contradições, com base nos seguintes argumentos:

“a) Dos pontos contraditórios

No item 11.6 (fl. 6) do Relatório, consta:

‘Além disso, veículo do Inkra e um caminhão alugado pelo Denacre eram utilizados para transportar material e servidores do órgão estadual.’

Ocorre que é ponto incontroverso que não houve o fornecimento de qualquer material por parte do órgão estadual para asfaltamento da Rua Bahia, uma vez que o próprio afirmou que não houve envio de massa asfáltica para a pavimentação.

De fato, o órgão esclareceu que disponibilizou apenas equipes e equipamentos, e que os insumos ficariam a cargo do Município (fl. 1, peça 36).

Ressalte-se que as declarações feitas pelo DERACRE gozam de presunção de verdade, visto que têm fé pública, a qual não pode ser negada por este Tribunal. Mesmo sendo relativa a presunção, não há nos autos prova capaz de infirmá-la.

Outrossim, no mesmo item, afirma-se que ‘veículos do Denacre realizavam os serviços de imprimação e lançamento de concreto na rua Bahia’.

Tal afirmação é contraditória, e revela a ausência de conhecimento técnico por parte dos fiscais da CGU, uma vez que seria impossível realizar os serviços de imprimação e de lançamento de CBUQ na mesma ocasião. Nesse sentido:

‘A imprimação asfáltica impermeabilizante consiste na aplicação de uma fina película de material betuminoso sobre uma superfície granular concluída de uma das camadas do pavimento - como a base ou a sub-base, por exemplo. Seu objetivo é aumentar a coesão da superfície imprimada graças à penetração do material betuminoso utilizado. Como o próprio nome da técnica indica, também tem como objetivo impermeabilizar a camada inferior e aumentar a aderência com a camada superior

[...]

Após a aplicação, o material asfáltico deve permanecer em repouso até que se verifiquem as condições ideais de penetração e cura, de acordo com a natureza e tipo do material asfáltico empregado. A imprimação não deve ser submetida à ação direta das cargas e da abrasão do trânsito.’

Após a imprimação, é necessário que se aguarde o período de cura do solvente, o qual pode variar de 48 a 72 horas, sendo inviável o lançamento de concreto logo em seguida:

‘Após a aplicação, o material asfáltico deve permanecer em repouso até que se verifiquem as condições ideais de penetração e cura, de acordo com a natureza e tipo do material asfáltico empregado.’

Afirma ainda o relatório, que as notas fiscais colacionadas não seriam aptas a comprovar a compra de insumos, especialmente porque a empresa tinha outra obra no Município na época:

‘11.15. A alegação de que os recursos foram gastos fundamentalmente com a compra de insumos também não lhes socorre. Verifica-se que as notas fiscais de aquisição de materiais apresentadas não são elementos aptos a confirmar a compra de insumos estritamente para o convênio em análise, ante seu caráter eminentemente genérico (peça 34, p. 26-27, 29-30; peça 35, p. 4). Soma-se a isso o fato de que havia outra obra no município sob a responsabilidade da empresa, conforme verificado pela CGU. Diante da impossibilidade de se estabelecer claramente o nexos causal entre as citadas compras e sua utilização na obra questionada, não há como acolher as alegações.’

Não obstante o consignado no relatório da CGU, não havia qualquer outro contrato público de pavimentação com a Elo Engenharia e não há nos autos qualquer evidência de que a empresa tinha outra obra na cidade na época. Pelo contrário, a obra na rua Bahia era a única obra de pavimentação que a empresa detinha naquele momento.

Destaque-se que os obreiros que foram trabalhar em Eptaciolândia eram de Rio Branco, e não conheciam bem a cidade, sendo desarrazoado exigir que eles soubessem especificar os nomes das ruas em que trabalharam naquela cidade. Outrossim, no próprio orçamento descritivo/memória de cálculo, fornecido pela Prefeitura, verifica-se que os trechos da rua Bahia são identificados pelos nomes das Ruas adjacentes, por exemplo:

Lado esquerdo, Av. Internacional/Rua Walter Fernandes;

Lado esquerdo, rua Walter Fernandes/Rua Venezuela;

Lado esquerdo, rua Venezuela/Rua São Paulo;

[...]

Lado direito, Av. Internacional/Rua Tancredo Neves;

Lado direito, Rua Minas Gerais/Rua 7 de Setembro;

Lado direito, Rua Serafim Caruso/ Rua São Pedro;

Lado direito, Rua Amapá/Rua Tancredo Neves.

(Descrição completa, nas fls. 60/61, peça 36).

Além disso, pelo menos uma das notas juntadas aos autos, especifica que o material foi utilizado para usinagem de asfalto de Brasília para Eпитaciolândia. Neste ponto, repita-se o já exposto no Recurso de Reconsideração:

‘No que cerne ao depósito em favor da Transprete, a nota de fls. 27 (peça 34) e 4/11 (peça 35) comprova que o pagamento de R\$ 39.300,00 (trinta e nove mil e trezentos reais) para a loja foi destinado à compra de brita e pó de brita a ser utilizado para a usinagem do cimento asfáltico de petróleo. O valor depositado a mais, qual seja a quantia de R\$ 1.700 (mil e setecentos reais), corresponde ao preço do envio de produtos em carretas de Eпитaciolândia/AC para Brasília/AC, onde se localiza a Usina de para fabricação do material, e de volta para Eпитaciolândia/AC, onde foi utilizado.

Deve-se destacar que na nota emitida pela Transprete está consignado claramente que a entrega do produto adquirido foi feita em Eпитaciolândia.

Observe-se que, assim como o CAP e o pó de brita adquiridos foram entregues em Eпитaciolândia exatamente no período de pavimentação da Rua Bahia (de 6 a 9 de setembro de 2011), que segundo os próprios fiscais da CGU foi concluída após o dia 23 de setembro de 2011, como demonstram os comprovantes de requisição de material e nota fiscal trazidos aos autos (fls. 3/14, peça 35). Note-se, ainda, que mencionadas requisições dizem, especificamente, que o material enviado se destina à ‘usina de asfalto de Brasília para Eпитaciolândia’.

Além disso, ao exigir que a empresa trouxesse nas notas a especificação do local onde foi usado o material, este Tribunal exige uma prova impossível de ser produzida, uma vez que as notas são emitidas pelos vendedores e não pela empresa.

Ora, desafia a lógica que a Elo Engenharia, que não detinha qualquer outra obra de pavimentação na época, compraria toneladas de material asfáltico para não utilizá-lo.

Por fim, observa-se que o relatório utiliza a ausência de ART da obra, junto ao CREA, como evidência da não execução do convênio.

A ausência de ART foi, realmente, uma irregularidade administrativa, uma vez que a Súmula 260 do TCU determina sua exigência por parte do gestor. No entanto, na época, esse documento não costumava ser exigido pela Prefeitura e não constava no orçamento licitado, tampouco no apresentado pela empresa e posteriormente aprovado.

Apesar de ser, como dito, uma irregularidade, não se vislumbra como a ausência de anotação de responsabilidade – que se destina a identificar a responsabilidade técnica pelas obras ou serviços prestados por profissionais ou empresas e a cadastro de acervo técnico do profissional no Conselho de Classe – seria apta a demonstrar a não realização da obra.

Nesse ponto, determina a LINDB, aplicável a todos os processos em trâmite no Brasil, mesmo os de caráter administrativo:

‘Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.’

A praxe na Prefeitura, na época, por motivos alheios ao conhecimento do embargante, era que não se exigisse a ART. Sendo assim, não pode ser utilizada sua ausência como “evidência” da não realização da obra, não obstante a irregularidade administrativa.

b) Das omissões

Um dos argumentos trazidos no recurso para a reforma da Decisão previamente exarada por este Tribunal é o de que não há, nos autos, qualquer evidência de que as demais fases da obra, quais sejam, a terraplanagem (1ª medição) e a drenagem (3ª medição) teriam sido realizadas pelo governo estadual ou qualquer ente diverso da Elo Engenharia.

Com efeito, todo colacionado aos autos se refere à pavimentação asfáltica, sem referência aos demais serviços necessários, já expostos nas razões recursais. Nesse sentido, o voto afirma:

‘Por fim, no que concerne ao momento de atuação do DERACRE na obra conveniada, transcrevo trecho o relatório de fiscalização da CGU (peça 35, p. 30) – já destacado na decisão recorrida – que evidencia a atuação do órgão estadual na execução de todo o serviço de pavimentação asfáltica da Rua Bahia:

‘(...) [Em 23/9/2011] foi constatada a presença de servidores e veículos do Departamento Estadual de Estrada de Rodagem, Hidrovias e Infraestrutura do Acre (DERACRE) – empresa do Governo Estadual do Acre –, a executar a imprimação e o lançamento de concreto betuminoso usinado a quente na Rua Bahia. Além dos veículos do DERACRE, também havia um veículo do INCRA e um caminhão alugado utilizado para transportar piche e servidores do DERACRE. Questionados, os servidores do DERACRE informaram que eles é que haviam executado todo o serviço de pavimentação asfáltica da Rua Bahia. O proprietário do veículo de placa NCKL 3103 (...) informou que seu caminhão estava alugado ao DERACRE, e não a empresa licitante vencedora.’

Vê-se que, embora o voto afirme que o relatório da CGU evidencia a atuação do DERACRE em toda obra, é evidente que o relatório apenas faz referência à uma pequena parte da empreitada, qual seja: o lançamento de concreto betuminoso.

Não há qualquer referência à movimentação de solo, confecção de base e sub-base, terraplanagem, drenagem e demais serviços previstos no orçamento descritivo (fl. 33, peça 34).

Assim, é omissis o Acórdão em apontar quais evidências levaram a conclusão de que a empresa não executou tais partes da obra.

Ora, o DERACRE informou que este não realizou qualquer serviço adicional no local. Como se pode afirmar provado que o órgão executou a totalidade da obra, se o próprio é categórico em dizer que forneceu apenas máquinas e seus operadores? (fl. 1, peça 36) .

Diante da evidente realização da totalidade da 1ª e da 3ª parte da obra por parte da empresa, bem como considerando que não houve disponibilização de material nenhum pelo DERACRE (fl. 1, peça 36) e que a compra dos insumos foi comprovada pela empresa, é mister que este Tribunal leve em conta, para eventual ressarcimento, o efetivo prejuízo eventualmente sofrido pelo erário.

Determinar a devolução integral do numerário pago configura enriquecimento sem causa da União, em detrimento do requerido.

Se o DERACRE confirmou que apenas foi disponibilizada a máquina vibrocabadora com o respectivo operador para trabalho na cidade de Epitaciolândia, qualquer ressarcimento deve se limitar ao valor referente ao uso da referida máquina, e tal gradação deve ser realizada no acórdão, em obediência ao disposto na LINDB:

‘Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

[...]

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.’

Requer-se assim, que Vossa Excelência, supra a omissão apontada, para declarar qual foi o efetivo prejuízo da União em vista do uso da vibroacabadora do DERACRE (conforme demonstrado na fl. 25, peça 33, ou conforme preços a serem determinados por este Tribunal), e limite a este valor a quantia a ser eventualmente devolvida aos cofres públicos, assim como leve em conta a boa-fé e os atenuantes da conduta do requerido na fixação da multa aplicada.”

4. Diante da pretensa relevância das questões aduzidas, o embargante finaliza o expediente requerendo que os presentes embargos sejam conhecidos e providos, com efeitos infringentes, para:

“a) Suprir as contradições e omissões apontadas;

b) Reconhecer, conseqüentemente, que o convênio foi cumprido regularmente, apesar do uso da máquina do DERACRE, uma vez que a totalidade dos recursos disponibilizados foi, de fato, empregado na conclusão da obra de pavimentação da rua Bahia;

c) Subsidiariamente, caso considere que houve irregularidade na realização do convênio, limitar o valor a ser efetivamente ressarcido ao custo do aluguel da máquina vibroacabadora, bem como considerar o pequeno dano ao erário, a boa-fé e as atenuantes na conduta do requerido na gradação da multa aplicada.”

É o relatório.