VOTO

Este Tribunal firmou entendimento no sentido de que para o conhecimento de embargos de declaração, faz-se necessário o atendimento apenas dos chamados requisitos gerais dos recursos, excluindo-se do seu juízo de admissibilidade o exame, ainda que em cognição superficial, da existência de obscuridade, omissão ou contradição na deliberação recorrida.

2. Uma vez constatados o interesse em recorrer, a singularidade, a tempestividade, a legitimidade do recorrente e a adequação do recurso, o Tribunal tem-se manifestado pelo conhecimento dos embargos de declaração opostos às suas deliberações, remetendo a verificação da ocorrência ou não daquelas impropriedades para o seu juízo de mérito.

3. No caso concreto, considerando a alegação de contradição e omissão no Acórdão nº 2015/2013-Plenário, e tendo constatado o atendimento dos requisitos gerais inerentes aos recursos, manifesto-me pela admissibilidade dos presentes embargos de declaração.

4. Quanto ao mérito, vê-se de pronto que os embargos opostos pelo Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau não têm razão de subsistir, pelas razões que passo a expor.

5. No acórdão embargado, ao levar em conta aspectos jurisprudenciais e doutrinários relacionados à responsabilidade da autoridade delegante em relação aos atos praticados sob o manto da delegação de competência, cheguei à conclusão de que da extensa lista de irregularidades que motivaram a aplicação de multa ao Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau, algumas delas, de fato, encontravam-se diretamente relacionadas a atividades de execução, justificando assim sua exclusão. Nesse contexto, enquadravam-se as seguintes:

I) utilização de fórmulas erradas para cálculo dos reajustes contratuais;

II) realização de pagamentos indevidos;

III) ausência de publicação de extrato no Diário Oficial da União;

IV) execução de serviços em quantitativos maiores que os previstos em contratos;

V) majoração dos preços de itens, nos cálculos para pagamentos, sem amparo contratual;

VI) medições erradas/inconsistentes;

VII) erros na formalização das prestações de contas;

VIII) falhas nos termos de aceitação de obras.

6. E não havia nos autos comprovação de que o recorrente tivesse ciência das sobreditas irregularidades, além do que a execução de tais tarefas era incumbida a servidores que detinham capacitação técnica adequada (engenheiros) e sobre os quais não se tinha notícia de máculas que pairassem sobre suas condutas pessoais.

7. Ainda naquela assentada, ressaltei que a existência de atestos e boletins de medição devidamente assinados reduzia, em tese, a probabilidade de ocorrência de erros, reduzindo o grau de risco associado aos procedimentos, *"não sendo exigível de um homem médio que ele buscasse exercer detalhada supervisão sobre tais procedimentos"*.

8. Em relação ao Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau, teriam então remanescido sem justificativa contundente as seguintes irregularidades:

"c.2. Contrato com a empresa Andrade Gutierrez (BR-222/PA):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51452003.

*a) **inexistência de projetos fundamentando as alterações contratuais** dos termos aditivos de Rerratificação AJ-026/1996, de 21/08/96, e s/n, de 29/08/1997, que embasassem as planilhas de abri1/1996;*

*b) **inexistência de projeto visando comparar com o mercado os preços das planilhas** de abril/1996;*

*c) **inexistência do termo de rescisão do aditivo de re-ratificação** **do contrato de empreitada** PG-144/85, de 29/09/1997, que alterou o valor contratual para R$ 44.428.400,84;*

*d) **inexistência de termo aditivo ao contrato que refletisse as alterações de projeto formuladas pela Maia Melo Engenharia** que modificaram os itens das planilhas de abri1/1996;*

*f) **inexistência de termo aditivo ao contrato que visasse ao reequilíbrio econômico-financeiro** em virtude da redução substancial no volume de CBUQ utilizado (de 55.678m3 para 38.024m3) devido à diminuição da largura da pista de rolamento de 8,20m para 7,00m, haja vista que os insumos envolvidos com transporte e produção de CBUQ representam para esta obra cerca de 64,04%, o que reduziria o valor das obras e serviços em R$ 5.830.200,72, em desacordo com o art. 59 do Decreto n. 73.140/1973 e com a cláusula V.1, §1°, alínea 'a', do Contrato PG-144/85;*

*g) **inexistência de aditivo contratual com o objetivo de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro** em virtude da distância real do trecho contratado com a Andrade Gutierrez ser de 122,55km e não 135,8 km como previsto inicialmente, o que reduziria o valor das obras e serviços em R$ 2.801.623.12, em desacordo com o art. 59 do Decreto n. 73.140/1973 e com a cláusula V.l, §1°, alínea 'a', do Contrato PG-144/85;*

c.3. Sub-rogação para a Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda. (BR-222/PA):

*b) **inexistência de projetos fundamentando as alterações contratuais** **dos termos de aditivos de Re-ratificação** AJ-026/96, de 21.08.96, e s/n, de 29.08.97, que embasassem as planilhas de abril/1996 às fls. 25-A/28-A, em desacordo com a Cláusula V do Contrato PG-144/85;*

*e) **execução dos serviços e obras em apenas 51 km, quando o acertado por ocasião da sub rogação era a realização dos serviços no subtrecho de 81 km**, entre Rondon do Pará e D. Elizeu, em desacordo com o Termo de Cessão e Transferência de Direitos e Obrigações Contratuais;*

*f) **inexistência de termo aditivo ao contrato que visasse refletir as alterações de projeto formuladas pela Maia Melo Engenharia**, que modificaram os itens das planilhas de abril/1996;*

*g) **inexistência de termo de rescisão da sub-rogação**, tendo em vista que o objeto pactuado não foi executado integralmente; e*

c.4. Contrato AJUR n° 19/98 firmado com a Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda. (BR-222/PA):

*a) **projeto básico não contém nome do engenheiro responsável nem a ART no CREA**. Em desacordo com os arts. 1° e 2° da Lei na 6.496/1977;*

*e) **assinatura de aditivo contratual, alterando o contrato original para R$ 7.438.643,57 (acréscimo de 24,01%), quando a rodovia já estava quase 100% concluída**, com o objetivo de acrescentar itens de serviços já concluídos fisicamente (terraplenagem, base, sub-base. etc.) e ainda sem que estivessem computados nas medições, contrariando o art. 66 da Lei das Licitações;*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51452003.

c.6. Convênio PG-072/96 (BR-158/PA): ***aditivo para acréscimo de contrato celebrado após a conclusão da obra****;*

c.7. Convênio PG-145/96 (BR-158/PA):

a) ***realização de licitação de obra sem projeto básico****, em desobediência ao art. 7º, §2°, inciso I, da Lei n. 8.666/1993;*

d) ***sub-rogação total de contrato aprovada pela Setran/PA*** *sem consulta prévia ao DNER e em desacordo com o disposto nos arts. 72 e 78, inciso VI, da Lei na 8.666/1993;*

c.8. Outras irregularidades:

a) ***assinatura de contrato para execução de obras atribuindo ônus ao DNER sem que existisse convênio prevendo esse encargo****, contrariando o art. 8°, inciso V, da IN/STN n. 2/1993 e o art. 7°, §2°, inciso III, da Lei n. 8.666/1993;*

b) ***ausência de projeto básico acompanhando os Planos de Trabalho****, exigência prevista no art. 2°, §3°, da IN/STN n. 2/1993 e no art. 2°, §1°, da IN/STN n. 1/1997;*

c) ***ausência de projeto básico nos seguintes processos licitatórios****: Tomadas de Preços n. 028, 029 e 030, em desacordo com o art. 7°, § 2°. inciso I, da Lei n. 8.666/1993;*

d) ***inexistência de Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) das obras****, em desacordo com o art. 7°, § 2°, inciso I, c/c art. 6°, inciso IX, da Lei n. 8.666/1993 e a Resolução CONAMA n. 001, de 23.01.86;" (grifei)*

9. Impende frisar, preliminarmente, que os embargos de declaração não se prestam para rediscussão do mérito da matéria, o que parece ser a pretensão do interessado nesta etapa processual. A corroborar tal assertiva, cabe trazer à colação o seguinte excerto da instrução da SERUR, reproduzida no relatório que apresentei quando da prolação do acórdão guerreado, no qual resta evidente que a questão suscitada pelo embargante já recebeu o devido tratamento por parte deste Tribunal:

"36. Em relação aos fatos mencionados no item 32 dessa instrução entende-se, portanto, que podem ser aceitos os argumentos recursais relativos à delegação de competência, não se verificando as hipóteses de autoria do recorrente, da culpa "in eligendo" ou da culpa "in vigilando".

37. Veja-se, no entanto, que o mesmo não se aplica em relação ao fato descrito no item "c.3", alínea "e" (item 3 desta instrução). ***O Termo de Cessão e Transferência de Direitos e Obrigações Contratuais feito pela empresa Andrade Gutierrez S/A, em favor da empresa Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda., com a interveniência e anuência da Setran, atribuía à Mecominas responsabilidade pela execução dos serviços e obras de terraplenagem, pavimentação, drenagem, obras de arte correntes e obras complementares, relativos à construção da BR-222/PA, no trecho situado entre as cidades de Marabá/PA e Felintho Muller/PA, em uma extensão total de 86 km****.*

38. ***Não consta, dos autos, o referido Termo para que se possa verificar se foi assinado pelo recorrente – o que é de se presumir. De qualquer forma, considerando a relevância (a BR-222/PA "forma o principal eixo de integração do Estado", consoante descrito no site mantido pela Setran/PA junto à internet) e materialidade do empreendimento (as obras do trecho destacado eram estimadas em mais de R$ 10 milhões), os termos daquela cessão não poderiam ser desconhecidos do Secretário de Estado de Transportes, ainda que se tratasse de questão delegada a terceiros. Assim, mesmo que se tratasse de questão constante de delegação de***

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51452003.

competência (e, registre-se, disso o recorrente não fez prova), deveria estar sujeita à fiscalização, ao menos em um nível mais gerencial.

39. ***Considerando, então, que era prevista a construção de 86 km e foram realizadas obras em apenas 51 km, a supressão de 35 km (40,36% do originalmente pactuado) não poderia passar despercebida, não se podendo argüir que fosse defeito de difícil percepção***.

40. O argumento da delegação de competência também não socorre o recorrente no que se refere aos demais itens transcritos no item 3 desta instrução, os quais conduziram o Tribunal a aplicar-lhe multa. As ocorrências neles apontadas indicam irregularidades diretamente atribuíveis ao recorrente, em função de sua ação ou omissão, uma vez que não se tratam de procedimentos exercidos mediante delegação de competência.

41. ***Ensejam a responsabilização, em decorrência de sua ação direta, as assinaturas de aditivos contratuais sem que existissem projetos que os suportassem, a assinatura de termos aditivos quando as obras já se encontravam concluídas e a realização de licitação sem a existência de projeto básico. No que se refere a essa última, reportamo-nos uma vez mais ao voto condutor do Recurso Extraordinário 113.350-3, do STF, transcrito no item 22 desta instrução, especificamente no que se refere ao procedimento de homologação***.

42. Em outra esfera, a responsabilidade decorrente da omissão do recorrente pode ser caracterizada ***pela inexistência de aditivos que refletissem as alterações efetuadas em projetos e que modificaram itens da planilha de custos*** *e pela* ***ausência de termos de rescisão de sub rogações não cumpridas integralmente***.*" (*grifei*)*

10. Ao contrário do que sugere o ora embargante, não há qualquer contradição no acórdão guerreado, tendo em vista que as irregularidades excluídas da responsabilidade do Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau estavam diretamente relacionadas a atividades meramente operacionais, isto é, de execução, diferentemente das acima elencadas, as quais, por envolverem decisões relevantes ou questões de significativa materialidade, estariam a merecer atenção especial por parte de uma autoridade razoavelmente diligente ("homem médio").

11. Concordo que se é o delegado quem pratica o ato, em princípio não compete ao delegante responder por todos os erros ou ilegalidades cometidas por aquele. Não é possível, pois, que a totalidade dos atos exercidos sob o manto da delegação de competência seja controlada, pois se o exercício da supervisão fosse irrestrito, a delegação de competência perderia, por completo, seu sentido.

12. No entanto, essa escusa da responsabilidade do delegante, no que tange aos atos praticados pelo delegado, não pode ser entendida como absoluta, devendo-se atentar para as circunstâncias presentes em cada caso concreto. Há que se verificar se existem condutas desabonadoras em relação à autoridade delegante.

13. Na situação em tela, pelas razões já aduzidas, não há como acolher o argumento do embargante de que *"(...)* ***adotou as cautelas de praxe para a formalização dos atos administrativos****, com* ***decisões fundamentadas em pareceres técnicos especializados****, que apontavam para a correção e legalidade"*.

14. E quanto ao argumento de que atuou com base em *"pareceres técnicos especializados"*, julgo oportuno trazer à colação o seguinte excerto do voto condutor do Acórdão nº 1275/2011-Plenário:

"A regra é os gestores agirem de acordo com os pareceres técnicos e jurídicos. Somente naqueles casos em que o ***parecer contém erros perceptíveis aos olhos do homem médio****, ou seja,*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51452003.

aos olhos daquele ***que age com a razoável diligência que de todos se espera****, se pode afirmar ser* ***razoável exigir do gestor que aja de modo diverso daquele indicado no parecer****." (*grifei*)*

15. Compulsando as irregularidades que subsistiram em relação ao embargante, não há como concluir ter ele agido *"com a razoável diligência que de todos se espera"*, mormente quando se constata o seu envolvimento direto em vícios do tipo *"assinaturas de aditivos contratuais sem que existissem projetos que os suportassem"*, *"assinatura de termos aditivos quando as obras já se encontravam concluídas"* e *"realização de licitação sem a existência de projeto básico"*.

16. Não há falar também em omissão a ser sanada nesta oportunidade, haja vista que, no voto condutor do acórdão embargado, deixei assente a reprovabilidade das condutas irregulares que remanesceram sem justificativa contundente. Justamente por isso, me manifestei pela redução e não exclusão da multa originalmente aplicada. A corroborar tal assertiva, impende transcrever o seguinte trecho do voto condutor do acórdão embargado:

> *"10. Cabe, portanto, o acolhimento parcial das razões recursais relativas à delegação de competência, com a consequente redução da multa originalmente aplicada (R$ 38.000,00).* ***Levando em conta o grau de reprovação das condutas irregulares que remanesceram sem justificativa contundente*** *– bem delineadas pela Serur –, e também à luz do princípio da proporcionalidade, materializado na dosimetria da pena, proponho redução da multa para R$ 23.000,00 (vinte e três mil reais)." (*grifei*)*

17. Por derradeiro, não se pode olvidar que foram praticados atos com grave infração à norma legal, a exemplo da *"realização de licitação sem a existência de projeto básico"*, que representa flagrante violação ao art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando *"houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório"*.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de junho de 2014.

JOSÉ JORGE
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51452003.