

GRUPO I – CLASSE II – 2ª Câmara

TC-023.049/2013-8

Natureza: Tomada de Contas Especial.

Entidade: Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Estado do Tocantins – DNIT/TO.

Responsáveis: Amauri Sousa Lima (CPF 239.914.026-53); Construtora Caiapó Ltda. (CNPJ 00.237.518/0001-43); Manoel das Graças Barbosa da Costa (CPF 019.511.732-87); Nilton Correa Vieira (CPF 072.798.846-87) e Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda. (CNPJ 01.397.753/0001-45).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES. PROGRAMA CREMA DE RECUPERAÇÃO DE RODOVIAS FEDERAIS. EMPRESA CONTRATADA PARA SUPERVISIONAR AS OBRAS. ATRIBUIÇÃO DE PONTUAÇÃO RELATIVA A QUESITO UTILIZADO NA FORMAÇÃO DO PREÇO A SER PAGO ÀS FIRMAS QUE PRESTAVAM OS SERVIÇOS DISCREPANTE DAQUELA UTILIZADA PELO DNIT. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA PARA A NÃO UTILIZAÇÃO DOS APONTAMENTOS LANÇADOS PELA FIRMA SUPERVISORA DA OBRA. DÉBITO. MULTA.

1. Julgam-se irregulares as contas, quando comprovada a ocorrência de dano ao erário, em função de pagamento efetuado a maior a empresa contratada para executar os serviços relativos ao Programa Crema de recuperação de rodovias federais, com a condenação dos responsáveis ao pagamento dos débitos apurados e à multa prevista no art. 57 da Lei n. 8.443/1992.

2. No âmbito do Programa Crema de recuperação de rodovias federais, quando o DNIT opta por contratar firma para supervisionar as obras, e utiliza a sistemática de pagamento às empresas encarregadas de executar os serviços consistente no uso do fator de desempenho, deve aquela Autarquia justificar, por meio de elementos idôneos, a eventual recusa da utilização dos apontamentos lançados pela firma supervisora quanto aos requisitos formadores do mencionado fator de desempenho.

RELATÓRIO

Trata-se da Tomada de Contas Especial decorrente da conversão do TC-006.727/2012-3, que cuidou de Representação formulada pela Procuradoria da República no Estado do Tocantins noticiando a ocorrência de possíveis irregularidades em dois contratos do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, conforme sintetizado na tabela abaixo:

Número do Contrato	Rodovia e Segmento	Valor do Contrato	Empresa contratada
23-00398/2009	BR-153/TO	R\$ 31.038.638,29 (ago/2009)	Construtora Caiapó Ltda.

	Km 0,0 ao 131,96		
23-00498/2009	BR-226/TO km 0,0 ao 70,9	R\$ 22.367.652,99 (set/2009)	Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda.

2. Por meio do Acórdão 4.793/2013 – 2ª Câmara foram determinadas as citações solidárias dos Srs. Amauri Sousa Lima, Manoel das Graças Barbosa da Costa, Nilton Correa Vieira e das empresas Construtora Caiapó Ltda. e Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda., em função de discrepância entre os fatores de desempenho relativos à realização dos serviços de manutenção e conservação, atribuídos pela empresa supervisora às empresas executoras das obras, e o percentual pago pelo DNIT.

3. Transcrevo, a seguir, com os devidos ajustes de forma, a instrução da Secex/TO, na qual o presente feito é analisado (peça 83):

“Alegações do Sr. Manoel das Graças Barbosa da Costa

9. Antes de apresentarmos as sínteses de suas específicas alegações, bem assim as correspondentes análises, importa adiantar que este [responsável], por ter sido o representante da administração na fiscalização de ambos os contratos, trouxe aos autos um conjunto de elementos de defesa que, por sua abrangência e detalhamento, acabou por ser aproveitado pelos demais solidários, inclusive por meio de transcrição ou citação expressa. Com efeito, conforme adiante se verá, quando da análise das principais alegações dos demais [responsáveis], não houve necessidade de [reanálise], efetuada apenas nos casos em que foram apresentados elementos ou abordagens reconhecidamente novos.

10. **Alegações:** O Sr. Manoel Barbosa, engenheiro responsável pela fiscalização de ambos os contratos – doravante [denominado] engenheiro fiscal –, inicia sua defesa alegando que o objeto do contrato com o Consórcio CONSOL/JBR (CONTRATO DNIT – TT 0237/2007-00), por se tratar de mero assessoramento técnico, não criaria para aquela empresa a competência para determinar o valor final de avaliação dos FATORES DE DESEMPENHO, a ponto de terem de ser acatados integralmente pelo DNIT.

11. Alegou que no dia 20 de cada mês, já de posse da planilha de avaliação do FATOR DE DESEMPENHO, buscava, entre o dia 30 e o dia 5 do mês seguinte, corrigir as pontuações apontadas pelo consórcio que achava em desacordo, sejam as lançadas burocraticamente, sejam as apuradas **in loco**, sem a intenção de beneficiar qualquer contratada; estribado em critérios técnicos, aceitáveis pelo DNIT, atribuiria ao final a nota justa (peça 23, fls. 01/02).

12. **Análise:** Sobre a alegação da existência de pontuações burocráticas, no sentido de que não teriam se embasado em vistoria **in loco**, temos a considerar que o [responsável] não logrou comprová-las, nem mesmo apresentou eventual comunicação ao Consórcio CONSOL/JBR arguindo sobre tais práticas, notadamente quando o art. 87 da Lei 8.666/1993, considera, para o caso de inexecução parcial do contrato, a possibilidade, garantida a prévia defesa, de aplicação de sanções ao contratado, sem prejuízo de eventual rescisão, com as consequências previstas no contrato, em lei ou regulamento.

13. **Alegações:** Afirma que em várias reuniões convocadas pelo Superintendente Regional do DNIT, com a presença de representantes do Consórcio CONSOL/JBR, de engenheiros do consórcio, da chefia de engenharia do DNIT, dos engenheiros supervisores regionais do DNIT e engenheiros das contratadas, foi acordado que a avaliação final do FATOR DE DESEMPENHO seria atribuição dos engenheiros supervisores regionais do DNIT, questões acatadas sem questionamentos por todos os presentes nas reuniões (peça 23, fl. 02).

14. **Análise:** Sobre a quem compete determinar a pontuação das contratadas, questão central para o exame destes autos, corroboramos com a tese de que compete, a princípio, ao engenheiro fiscal a avaliação do FATOR DE DESEMPENHO, haja vista que, segundo o art. 67 da Lei 8.666/1993, a execução do contrato é fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, neste caso, claramente o Sr. Manoel das Graças Barbosa da Costa; a permissão de contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a

essa atribuição, segundo expresso na lei, não retira sua competência.

15. Contudo, uma vez contratado tais serviços, não parece razoável que os relatórios desse assistente, quando frutos de levantamentos e avaliações que, em muitas situações, exigem domínio de competências especiais, possam ser peças meramente formais, de sorte a, sob o exclusivo pretexto da competência legal do engenheiro fiscal, afastar, de pronto, a avaliação baseada em evidências obtidas **in loco**, conforme evidenciam os registros fotográficos, por exemplo. Há, então, que se apreciar, no caso concreto, a essência e a extensão do objeto do contrato de assistência.

16. Compreendemos que, nos serviços em que se opta por contratar terceiro com o fim de assistir e subsidiar o representante fiscal, e desde que não se trate de simples levantamentos de informações e outras ações puramente materiais – nas quais não há, propriamente, uma manifestação de vontade –, mas que contemple a atribuição de um juízo de valor de caráter técnico, não é desarrazoado presumir-se que possa ser do assistente a avaliação aplicável, atributo que se perde, porém, em qualquer caso, quando o representante fiscal apresenta justificativa hábil, ou seja, justificativa oportuna e devidamente fundamentada. Lembre-se que a própria Lei de licitações e contratos expressamente permite a contratação de serviços de natureza nitidamente fiscalizatória (art. 67), ou seja, trata-se de regra contratual com específico arrimo legal.

17. No caso em questão, o contrato de prestação de serviços celebrado pelo DNIT com o Consórcio CONSOL/JBR exige qualificação técnica especial, bem assim a emissão de uma opinião de mesma natureza, ou seja, técnica; há, então, uma manifestação de vontade qualificada. Além disso, em todos os casos, a verificação do cumprimento do objeto é realizada exclusivamente pelo terceiro assistente, justamente em razão da impossibilidade da vistoria **in loco** ser realizada pelo engenheiro fiscal, ante, ao que se presume, sua variada carga de responsabilidades, daí o imperativo de as evidências obtidas pela empresa assistente, registradas nas FICHAS DE NOTIFICAÇÕES DE NÃO CONFORMIDADES (FNNC), presumirem-se verdadeiras, mesmo que se trate de uma presunção relativa.

18. Assim, as FNNC trazem em seu conteúdo evidências presumivelmente verdadeiras, adequadas e suficientes, em nenhum momento afastadas por meio de vistorias **in loco**, acompanhadas de análise criteriosa, da parte do engenheiro fiscal. Ao contrário, conforme o próprio [responsável] esclarece adiante, limitava-se a expedir às empresas executoras, ato contínuo ao recebimento das FNNC, ofícios demandando o cumprimento do objeto relativo às não conformidades listadas pelo Consórcio CONSOL/JBR, e que, sem contestação, conforme se verifica nas cartas-respostas, eram acatadas pelas empresas, uma vez que respondiam no sentido de que seriam tomadas providências saneadoras, inclusive quanto às reiteraões; atitudes, enfim, que acabam por confirmar a força das evidências levantadas pelo consórcio assistente, e que somente agora, nestes autos, esforçam-se em mitigar (peça 23, fls. 17/69; peça 24, fls. 01/20).

19. **Alegações:** Sobre as reuniões convocadas pelo Superintendente Regional do DNIT, [informa], sem comprovar por meio de qualquer registro formal, que teriam sido considerados os seguintes embasamentos técnicos transcritos a seguir (peça 23, fl. 02/03):

- ‘a) pequenas trincas na pista de rolamento ou nos acostamentos, ainda não transformadas em buracos ou painelas não podem ser tratadas com tal;
- b) deformações sutis na pista de rolamento não podem ser consideradas trilhas de rodas;
- c) as roçadas mecanizadas por, contratualmente ter largura definida em 2,00 m, e ser humanamente impossível medi-la ao longo de centenas de quilômetros, algumas foram classificadas como NA (não atende);
- d) (...) os dispositivos superficiais longitudinais de drenagem, após limpos, poderiam receber nos acostamentos, restos de carga divisíveis das mais diversas naturezas, provocado por eventuais acidentes, assim como, ocorrem deixadas de sucatas de pneus, restos de galhadas procedentes de queda de árvores na pista e muitos outros;

- e) com a assinatura de contratos de prestação de serviços de sinalização rodoviária (horizontal/vertical/tachas) amparados pelo programa PROSINAL do DNIT, muitas contratadas ficaram desobrigadas de executar os serviços em vários segmentos. Ainda, algumas contratadas não poderiam executar os serviços de sinalização de imediato, em segmentos não contemplados com o PROSINAL, devendo só executá-los, após conclusão das obras de restauração. A empresa de assessoramento técnico, preferiu ignorar o fato, cravando conceito NA, às contratadas. Ao proceder dessa maneira, a empresa de assessoramento técnico, poderia provocar dano ao erário, caso o DNIT não interferisse, posto que, se as contratadas executassem os serviços de sinalização, em segmentos contemplados com o PROSINAL, haveria duplicidade de pagamento, assim como, sinalizar segmentos ainda não restaurados e, após restauração, sinalizá-los novamente;
- f) as defensas metálicas inexistentes nas obras-de-arte especiais também não poderiam receber avaliação NA, em face da implantação, pelo DNIT, do programa PRODEFENSAS. Novamente a empresa de assessoramento técnico peca pela falta de atenção, posto que, poderia provocar dano ao erário, caso as contratadas implantassem defensas metálicas em OAE ou outros locais já programados para atendimento pelo PRODEFENSAS.'

20. **Análise:** Primeiramente, o engenheiro fiscal não esclareceu a quais notificações se refere precisamente essas orientações, impossibilitando o confronto com as informações específicas apresentadas pelo Consórcio CONSOL/JB que embasaram a abertura destes autos.

21. No que concerne ao item c, se tal medição é humanamente impossível de ser realizada, não se pode compreender a razão de estarem contempladas no contrato de assessoramento técnico celebrado com o Consórcio CONSOL/JBR, até porque, segundo estabelece o inciso I do art. 123 do Código Civil, aplicado supletivamente aos contratos administrativos (art. 54 da Lei 8.666/1993), invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados as condições fisicamente impossíveis, quando suspensivas, ou seja, não haveria como o consórcio receber sua contraparte ante a hipotética impossibilidade física de cumpri-la.

22. Com respeito aos programas PROSINAL e PRODEFENSAS, itens e a f, que contemplariam parte dos serviços contratados, não consta do seu contrato ou foram trazidos aos autos registros de comunicação ao Consórcio CONSOL/JBR de que não precisaria realizar os exames sobre os serviços de sinalização rodoviária e instalação de defensas metálicas nesses 'vários segmentos' amparados pelos programas, até porque os segmentos foram claramente estabelecidos nos contratos (Km 0,00 - Km 131,96, para a CAIAPÓ, e Km 0,00 - Km 70,9 para a PAVISERVICE).

23. Ademais, o engenheiro fiscal não esclarece com precisão a que subsegmentos, afinal, se refere, e em que parte dos contratos, ou de eventuais aditivos, estariam contemplados. Semelhante observação cabe aplicar aos serviços de implantação de defensas metálicas, haja vista que não se cuida de demonstrar em que momento e porque forma determinou-se a desnecessidade desses exames.

24. Por outro lado, tais fatos impõem a indagação sobre se, ao tempo da contratação das empresas, já vigoravam tais programas, e se os contratos, mesmo assim, previam a execução desses serviços de sinalização, sem a devida discriminação dos segmentos já amparados pelos citados programas. Caso positivo, estariam eivados de vício, haja vista que as contratadas receberiam pagamento sem contraprestação em serviços. Caso somente posteriormente à assinatura dos contratos tenham sido formalmente desobrigadas da execução desses serviços, em razão da execução dos programas PROSINAL e PRODEFENSAS, é de se supor que tenha havido a correspondente diminuição do valor contratual, fato também não demonstrado nestes autos.

25. **Alegações:** Prossegue suas argumentações considerando como as principais causas dos levantamentos mal feitos e da elaboração de planilhas inconsistentes por parte do Consórcio CONSOL/JBR as situações resumidas a seguir:

I. O laboratório para ensaios instalado em Paraisópolis (TO) foi transferido para Anápolis (GO) devido aos vários contratos firmados com o Consórcio nos Estados de Goiás, Tocantins e no Distrito Federal, prejudicando sobremaneira a confrontação imediata entre resultados obtidos pelas contratadas e pelo assessoramento técnico;

II. Designação de técnicos com problemas de saúde – um com problema renal e outro, mais idoso, em tratamento oncológico – para executar o difícil e demorado levantamento de não-conformidades e elaboração de planilha de avaliação do FATOR DE DESEMPENHO, com atribuição de percorrer mensalmente mais de 1.300 km;

III. Utilização, pelos engenheiros do consórcio, de um FIAT UNO (ou similar) com visíveis problemas de mecânica, de manutenção, de conforto, contando com apenas um motorista;

IV. A necessidade, segundo contabiliza, de cerca de 827 avaliações/dia por parte do consórcio tornaria ‘humanamente impossível de [ser] realizada por um único engenheiro, em precárias condições de saúde, com uso de veículo inapropriado e desconfortável’, de sorte que, para atender às metas contratuais o consórcio apresentaria levantamentos mensais falsos, repetidos, alguns questionados pelo DNIT, a quem, conforme afirma, de forma ética, responsável e profissional caberia a decisão final;

V. Alega que as notificações de não-conformidade eram informadas aos contratados com pedidos de providências, e que, em várias ocasiões, as contratadas reportavam-se verbalmente ou por documentos ao DNIT manifestando-se pelo já atendimento das não-conformidades.

26. De forma geral, alega ser impossível responder sobre a ‘REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS EM DESACORDO COM AS NORMAS TÉCNICAS DO DNIT’, por considerar ‘impossível responder à questão técnica tão vasta’, ante ‘um número bastante significativo de serviços envolvendo conservação, restauração, manutenção e melhoramentos’, de forma que não saberia a que o Representante do MP se refere, tornando difícil esclarecer com segurança. Analogamente, no que respeita ao ‘USO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS NÃO PREVISTOS NOS NORMATIVOS DA AUTARQUIA’ apontado pelo Procurador da República, alega que apenas com o detalhamento da questão – sobre materiais e equipamentos – poderia se manifestar com segurança.

27. **Análise:** Além de apenas renovar as críticas ao Consórcio CONSOL/JBR, a alegação do engenheiro fiscal de que não tem possibilidade de fazer comentários ante a generalidade das questões é frágil, na medida em que os problemas estão pontuados nas FNNC apresentadas pelo Consórcio CONSOL/JBR, suficientes para que expedisse ofícios determinando correções. Ressalte-se, ainda, que, com respeito à aplicação de material fresado para obturar buracos, o [responsável] soube ser preciso, consoante alegações constantes do tópico seguinte.

28. Sobre essas evidências, o [responsável] apresenta tão-somente cópias de ofícios determinando a realização de correções pelas empresas contratadas, sem, contudo, comprovar os respectivos atendimentos; quando muito, conforme adiante será abordado, apresenta registros fotográficos relacionados a serviços prestados pelas contratadas, porém sem precisar exatamente a que notificação se refere, ensejando dúvida sobre se, de fato, há alguma correspondência.

29. **Alegações:** Sobre a utilização de material fresado:

‘Essa questão, por pontual, chegou ao conhecimento do inquirido e pode ser esclarecida. O problema ocorreu única e exclusivamente no km 22,70 e km 23,50 da rodovia BR 153/TO, por ato isolado do encarregado geral da CONSTRUTORA CAIAPÓ LTDA., que, ao encontrar buracos no local, os obturou com material fresado, em razão da falta de mistura betuminosa para resolver o problema. Assim que o material betuminoso foi entregue no canteiro da obra, a massa foi produzida e o buraco obturado. Em sua consciência, qualquer encarregado, [diante da opção de] deixar um buraco aberto com risco de acidente e obturá-lo, mesmo com material fresado, o faria até que a massa correta fosse aplicada. O DNIT ao tomar conhecimento do fato, determinou que assim que a massa asfáltica fosse disponibilizada o buraco fosse fechado, sendo de pronto obedecido.’

30. **Análise:** O fato é que, inobstante as anteriores críticas ao Consórcio CONSOL/JBR, não foi negada a ocorrência da irregularidade. Seguramente não fosse o trabalho de supervisão do consórcio, tal problema, assim como os demais, passaria ao largo do conhecimento do engenheiro fiscal, e, certamente, nada seria feito a respeito, ou, se foi, de modo tempestivo. Impende lembrar os esclarecimentos da Secob-2 de que os contratos do tipo Crema 1ª etapa devem ser ‘avaliados durante toda a sua vigência, verificando se o serviço de conservação foi bem executado ao longo do tempo, e não apenas avaliando se a condição funcional da rodovia, expirado o prazo de validade contratual, encontrava-se satisfatória’.

31. **Alegações:** Apresenta registros fotográficos argumentando serem ‘representativos de inúmeros serviços de conservação rodoviária executados pelas contratadas envolvidas na presente demanda’.

32. **Análise:** Não obstante apresente registros fotográficos relacionados aos serviços prestados, não apresenta destacadamente os serviços relacionados ao cumprimento das não conformidades levantadas pontualmente nos relatórios do Consórcio CONSOL/JBR. A realização de vários trabalhos não é garantia de execução de todos [eles], tanto assim que apenas em pouquíssimos momentos o engenheiro fiscal atribuiu pontuação máxima, a indicar que ao longo do período contratual nunca houve pleno cumprimento do objeto.

Alegações da Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda.

33. A PAVISERVICE apresenta, de início, semelhantes argumentos utilizados pelo engenheiro fiscal, porém de forma mais sucinta: defende que a fiscalização da execução dos trabalhos cabe diretamente ao DNIT, responsável pela avaliação final do fator de desempenho, não obstante haja monitoramento por intermédio de supervisão contratada; e alega inconsistência de dados apresentados pelo Consórcio Consol/JBR, empresa que considerou ‘bastante insuficiente e deficitária’ devido ao pequeno número de funcionários e excessivo número de contratos para monitorar.

34. Sob o aspecto jurídico, alega a possibilidade de violação ao princípio da segurança jurídica caso haja mudança das regras de pagamento, uma vez que teria agido de boa-fé, pois apenas recebeu os valores relativos aos serviços prestados, efetivamente medidos e aprovados pelo DNIT. Para tanto, apresenta as doutrinas de Celso Antonio Bandeira de Melo, Jachinto Arruda Câmara, Almiro do Couto E Silva e J.J. Gomes Canotilho, reproduzidos em parte a seguir.

‘Celso Antonio Bandeira de Melo

O direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’.

‘Jachinto Arruda Câmara

Embora exista a possibilidade de os atos administrativos sofrerem invalidação – requerida por terceiros ou promovida pela própria Administração –, a tendência natural, previsível, de seu destino é a permanência no ordenamento jurídico. Sua retirada posterior, mesmo que promovida por motivo de ilegalidade, desponta esta previsibilidade e com isso a segurança que se deposita em tais atos.

(...)

Saindo deste conceito estreito do princípio da legalidade da Administração, para tomá-lo num sentido mais amplo, como dever de a Administração atuar conforme ao Direito – aí incluindo não só o atendimento ao princípio da legalidade estrita, mas também à boa-fé, à segurança jurídica, entre outros – o problema não se poria.

Isto porque, ao preservar efeitos de atos administrativos viciados a Administração também agiria em conformidade com o direito, ou seja, com a legalidade, se tomada em sentido lato. Para dizer de um outro modo, a legalidade (sentido amplo) tanto poderia ser atingida desconstituindo os efeitos dos atos administrativos viciados, como preservando-os. A atitude da Administração deveria ser adequada ao Direito (legalidade em sentido amplo) e não só à legalidade em sentido estrito.’

‘Almiro do Couto e Silva

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido.’

‘J.J. Gomes Canotilho

Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a protecção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais.’

35. Assim, com fundamento em tais autores, defende a PAVISERVICE que ‘o princípio da legalidade deve ser analisado num sentido mais amplo, que comporte todo o sistema normativo, inclusive os princípios da legalidade estrita, mas também da boa-fé, da segurança jurídica etc’.

36. E arremata: ‘considerando que os serviços foram executados e medidos, tendo a contratada (Paviservice) atuado em todo momento com boa-fé, é certo que os efeitos da contratação precisam ser preservados, assim como os valores que lhe foram pagos, sob pena de se estar dando maior azo a um dispositivo isolado, em detrimento de todo o ordenamento jurídico ora vigente.’

37. **Análise:** No que respeita à competência para determinar a avaliação final do FATOR DE DESEMPENHO, em que são discutidos os papéis do representante da administração e de seu assistente, o Consórcio CONSOL/JBR, reiteramos a posição externada na análise das alegações de defesa do engenheiro fiscal.

38. Quanto à alegação da possibilidade de quebra do princípio da segurança jurídica, sua aplicação não se justifica para as situações analisadas nestes autos. Não obstante o princípio da legalidade possa ser contrabalançado com o princípio da segurança jurídica, neste caso, a balança pende para o lado do primeiro.

39. Foram trazidas aos autos, de sobejo, evidências incontestáveis, balizadoras, inclusive, das ordens de cumprimento exaradas pelo engenheiro fiscal, referente a fatos em nenhum momento desmentidos pelas contratadas: as empresas realmente não cumpriram em sua plenitude o objeto contratual. O consórcio CONSOL/JBR, conhecedor dos fatos por ele próprio levantados, lançou sua avaliação, e o engenheiro fiscal, por sua vez, sem estar de posse de elementos probatórios sobre as eventuais providências, ou sem que, por conta própria, as tenha comprovado, na melhor forma por meio de uma inspeção física, atribuiu pontuação superior. Diante da ausência de motivos idôneos, ou seja, do devido embasamento, o ato do engenheiro fiscal resta anulado, ao que prevalece a opinião técnica do consórcio e, por conseguinte, a pontuação por ele atribuída.

40. Está-se por estes autos tão-somente exercendo o tradicional controle da legalidade do ato administrativo, não cabendo, portanto, a arguição de desatendimento de qualquer outro princípio, menos ainda o da segurança jurídica, haja vista estarem claramente demonstradas as falhas insuperáveis na execução contratual. Nem mesmo se tratam de fatos ocorridos há tempos; não se está aqui avaliando situações reconhecidamente consolidadas que, se assim fossem, poder-se-ia argumentar que foram apanhados de surpresa e com significativo impacto a merecer o reivindicado sopesamento; nitidamente, não é esse o caso.

Alegações da Construtora Caiapó Ltda.

41. **Síntese das alegações:** A CAIAPÓ também alega a incompetência do Consórcio

CONSOL/JBR, porém, para tanto, argui que há distinção entre os serviços desenvolvidos em um contrato de ‘ASSESSORAMENTO TÉCNICO E MONITORAMENTO DE OBRA’ e aqueles serviços desenvolvidos em um contrato de ‘SUPERVISÃO DE OBRA’.

42. O Consórcio CONSOL/JBR, teria, então, sido contratado pelo DNIT para assessorar tecnicamente o servidor responsável pela fiscalização, de forma que o resultado final da avaliação caberia a este servidor. Caso fosse um contrato de SUPERVISÃO DE OBRA, aí, sim, a competência para fiscalização seria diretamente da empresa contratada pelo DNIT como supervisora de obra, situação que lhe conferiria a atribuição de determinar a nota final de avaliação.

43. Alega, ainda, que somente por volta do dia 20 de cada mês, quando o engenheiro fiscal recebia, a título de apoio, o relatório do Consórcio CONSOL/JBR, realizava, a partir de então, revisões técnicas desse relatório que estivessem em desacordo com as regras/normas do DNIT, bem assim, conforme o caso, contatava a Construtora Caiapó Ltda. e solicitava a revisão de eventual serviço; então, somente no fechamento do mês, ‘após a adoção das cautelas e procedimentos acima mencionados’, o engenheiro fiscal atribuía a nota final relativa ao mês em referência.

44. Em consequência, argumenta, a avaliação do Consórcio CONSOL/JBR não poderia ser entendida como uma avaliação definitiva em relação aos serviços prestados ao DNIT pela Construtora Caiapó Ltda., seja porque:

‘(I) [...] as avaliações do Consórcio Consol/JBR eram efetivadas antes do fechamento do mês (geralmente por volta do dia 20 de cada mês), e, dessa forma, tais avaliações por óbvio não contemplavam todos os serviços que eram prestados até o efetivo fechamento dos trabalhos prestados ao DNIT que ocorria no último dia de cada mês trabalhado;

(II) [...] ao receber o relatório do Consórcio Consol/JBR a título de apoio, o Supervisor da Unidade Local corrigia os erros técnicos constantes do relatório do Consórcio Consol/JBR e, ainda, se fosse o caso, também determinava à Construtora Caiapó Ltda. a revisão de serviços no determinado trecho que entendesse conveniente e necessário;

(III) [...] a nota final dos serviços da Construtora Caiapó Ltda. somente era dada após o Supervisor da Unidade Local de Araguaína/TO ter a certeza que os serviços haviam sido prestados com satisfação e eficiência pela Construtora Caiapó Ltda..’

45. Em seguida transcreve parte das alegações de defesa apresentadas pelo engenheiro fiscal – já analisadas – e, na parte seguinte, alega a inexistência da prática de qualquer ato, por parte dos representantes legais da CAIAPÓ, que pudesse ter causado prejuízo à Administração. Os argumentos apresentados visam a demonstrar que os atos da construtora não podem ser qualificados como ímprobos, até porque isentos de má-fé; e que não basta invocar somente a quebra da legalidade para que se caracterize o ato de improbidade administrativa, devendo corresponder exatamente ao tipo legal da hipótese normativa que o disciplina.

46. Requer, enfim, que o Tribunal acolha as alegações de defesa com base na fundamentação oferecida, e determine o arquivamento do processo em relação à Construtora Caiapó Ltda., haja vista que não existiria ‘na hipótese sob exame a prática de qualquer ato por parte dos Representantes Legais da Construtora Caiapó Ltda. que pudesse ter causado prejuízo à Administração’.

47. **Análise:** A empresa CAIAPÓ trouxe aos autos argumentos semelhantes aos já discutidos nas alegações do engenheiro fiscal, de sorte que reiteramos as razões expostas quando da análise da defesa deste. Entretanto, importa perceber que a CAIAPÓ, diferente dos demais [responsáveis], os quais defendem que os conteúdos de tais contratos tão-somente preveem a realização de atos meramente materiais, nos quais inexistente uma manifestação qualificada da assistente, reconhece explicitamente a possibilidade de haver contrato cujo objeto refere-se à execução de serviços nos quais essa manifestação existe e tem natureza de fiscalização, denominando-os de contratos de ‘SUPERVISÃO DE OBRA’.

48. Desta feita, a CAIAPÓ, por suas colocações, acaba por reforçar a tese esposada em nossa apreciação de que, a depender do conteúdo do contrato, melhor dizendo, da essência do conteúdo do contrato, estar-se-á diante de um contrato de fiscalização de obra, instrumento que, inclusive, permitiria ao assistente a apuração e a fixação de notas para fins de pagamento, tais as que se apresentam nestes autos.

Alegações de Nilton Corrêa Vieira e de Amauri Sousa Lima

49. Diante da semelhança entre as alegações desses senhores e as já apresentadas pelo engenheiro fiscal e pelas contratadas, suficientemente elucidativas, serão ambas apresentadas sinteticamente a seguir, após o que faremos a análise de forma conjunto.

Nilton Corrêa Vieira

50. Inicialmente, o Sr. Nilton Corrêa Vieira, então Chefe de Serviços de Engenharia, procura ressaltar que o percentual do FATOR DE DESEMPENHO, derivado da avaliação de vários itens de serviços – equipamentos, pessoal, instalação, cronograma físico, qualidade dos serviços, atendimento a fiscalização e administração da obra –, é atribuído pelo engenheiro fiscal, e envolve contratos tipo CREMA 1ª Etapa que na época totalizavam 1.300,80 Km (peça 28).

51. Alega que, nas medições parciais mensais (peça 29), competia ao Chefe de Serviços de Engenharia confirmar, em cada período, por meio dos boletins de medição, os conceitos atribuídos pelo engenheiro fiscal correspondentes aos citados itens, mas sem interferir no valor da medição, isto é, a confirmação envolveria somente fatores relativos ao desempenho da contratada para fins de eventual aplicação de sanção administrativa, a ponto, por exemplo, de impossibilitá-la de participar de outras licitações; enfim, a nota de desempenho não teria a prerrogativa de interferir no valor da medição. E prossegue argumentando, com base nos normativos indicados abaixo, sobre a competência exclusiva do engenheiro fiscal pelas avaliações do FATOR DE DESEMPENHO nas medições.

Instrução de Serviço/DG nº 05, de 15/05/2008

A fiscalização dos serviços de manutenção e conservação descrito no item anterior, será efetuada pelo Supervisor da Unidade Local responsável pelo lote, sendo a ele incumbida a tarefa de verificar a qualidade do serviço executado e o atendimento dos padrões e normas requeridos para a intervenção (...).

Instrução de Serviço/DG nº 01, de 23/02/2010

A medição das obras e serviços é de competência exclusiva de representante da Administração especialmente designado, Engenheiro formalmente empossado pela autoridade competente da Superintendência Regional, denominado de Engenheiro Fiscal do Contrato, definido no Art. 67 da Lei nº 8.666/1993.

52. Em seguida, faz referência aos ofícios encaminhados às contratadas (peças 35/36) solicitando o atendimento às notificações mensais elaboradas pelo Consórcio CONSOL/JBR, e defende que a culpa pelo não atendimento às notificações deve ser imputada às empresas contratadas.

53. Defende-se afirmando que em seu entendimento é do engenheiro fiscal a responsabilidade pelas avaliações do Fator de Desempenho nas medições mensais, e que atuou com coerência, haja vista os boletins de desempenho (peça 37) nos quais o Consórcio CONSOL/JBR constata que, ao final de ambos os contratos, atingiu-se elevado grau de atendimento ao padrão de desempenho exigido pelo DNIT, atendendo com isso o objeto contratado que é a entrega ao usuário de uma rodovia em bom estado de conservação.

54. Defende, enfim, que, por ser humanamente impossível, não poderia atuar diretamente em todas os atos de fiscalização de campo ou de medição, tendo em conta que, como Chefe de Serviço de Engenharia, tinha ainda a atribuição para execução de 32 (trinta e duas) funções na Superintendência (peça 38); e, por vezes, assumia funções do Superintendente Regional quando dos afastamentos legais.

Amauri Sousa Lima

55. Alega que, segundo o Regimento Interno do DNIT, não lhe caberia a fiscalização de campo dos serviços e obras, mas apenas a elaboração de portaria para indicação do fiscal para cada contrato lavrado; e ainda que:

‘(...) devido a dezenas de outros contratos existentes no âmbito da Superintendência, somado as atribuições diversas impostas pelo cargo, não é possível ao Superintendente estar presente cotidianamente em todas as obras, para exercer sua fiscalização **in loco**.’

56. Defende que, embora participasse do processo de medição mensal dos serviços, sua atuação assim se resumia:

‘(...) de posse dos dados oficiais de campo, tomar as providências funcionais e administrativas de autorizar o procedimento, e nesse mesmo entendimento, se os dados foram passados com lapsos ou enganos de transcrição, por motivos alheios à vontade do servidor, não há como imputar a este Superintendente esse ônus por ter exercido a sua obrigação funcional, mas certamente a quem deu causa ao fornecer tais dados’.

57. Seria, então, um contra senso e uma punição sumária, uma vez que cumpria ‘com fidelidade seu dever e atribuições funcionais, independente das difíceis condições de trabalho, da fidelidade, honestidade e profissionalismo empregado’.

58. Rejeita o entendimento deste Tribunal de ter creditado ao Consórcio CONSOL/JBR, que prestaria apenas serviços de monitoramento técnico ao DNIT, a decisão final da matéria relativa aos serviços de medições mensais, algo que contrariaria os ‘princípios que norteiam o andamento de qualquer processo dentro da Administração Pública’. Segundo as instruções vigentes e os termos do Programa CREMA, o consórcio ‘em nenhum momento tem a obrigação de postar sua assinatura em processo de medição’.

59. Para o Superintendente, não se trata de um contrato de supervisão, e sim de assessoramento técnico, com participação em apenas 10% da verificação indireta nos serviços; suas informações seriam levadas aos fiscais dos contratos que, por sua vez, elaborariam as medições dos serviços após verificação e aceitação. As fiscalizações e verificações dos serviços executados em campo seriam cotidianamente aferidas pelos prepostos do DNIT, porém nem sempre coincidiriam com o dia em que o consórcio as fazia, haja vista que prestava serviços em três Estados e não comunicava qual dia do mês percorreria os trechos para fazer sua verificação. Dessa forma, a fiscalização e a verificação dos serviços seria obrigação do funcionário público federal fiscal do contrato, que, ao percorrer cada lote ou trecho das obras, fazia a aferição da qualidade e dos padrões de desempenho de cada contrato.

60. E conclui, com base no art. 67 da Lei 8.666/1993, que ‘não haveria na legislação pública qualquer dispositivo legal que possa submeter o interesse público, representado por um ou mais servidores, aos termos ou informações elaboradas unilateralmente por empresa privada. Que sequer é supervisora do serviço’.

61. Daí não se poderia ‘levar em consideração, apenas e tão-somente, as rápidas informações prestadas por empresa contratada para assessoramento, que percorre o trecho apenas uma vez por mês e sequer participa do fechamento de medições’; ou conceber que funcionários públicos, ‘submetidos às diversas regras ditadas por leis, normas, instruções, informações específicas e grande dose de bom senso e responsabilidade na condução e guarda do bem público’ fiquem a mercê de comandos e ordem de terceiros privados. Finaliza informando que não questiona:

‘(...) a possibilidade de ocorrência de lapsos por parte da fiscalização de campo nos contratos de obras e serviços que foram objetos de auditoria, mas reconheço a árdua e dura guerra diária exercida pelos funcionários do DNIT para cumprir suas atribuições com determinação e coerência, por isso, peço que sejam revistos o teor do relatório dos senhores auditores, que é objeto de nossa contestação.’

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

de sanção ou aspectos formais do contrato.

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

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

CONCLUSÃO

65. Em face das análises promovidas nos itens 8 a 64 constantes do Exame Técnico, compreende-se que as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Amauri Sousa Lima, Manoel das Graças Barbosa da Costa e Nilton Correa Vieira, bem assim das empresas Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda. e Construtora Caiapó Ltda., não foram suficientes para sanear as irregularidades a eles atribuídas que resultaram na ocorrência de danos ao erário.

66. No tocante à aferição da ocorrência da boa-fé, determinada no § 2º do art. 202 do RI/TCU e valorada no sentido estabelecido no Voto do Ministro Marcos Vinícios Villaça no Acórdão nº 213/2002 – 1ª Câmara, verifica-se que as condutas dos [responsáveis], ante às circunstâncias no momento de sua ocorrência e ‘à luz de um modelo de conduta social, adotada por um homem leal, cauteloso e diligente’, não permitem que se conclua pela boa-fé objetiva.

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

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

4. Feitas tais considerações, a proposta de mérito da Secex/TO foi redigida nos seguintes termos (peças 83, pp. 19/22, 84 e 85):

“1) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, e § 2º da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei; e arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, que sejam julgadas irregulares as contas dos Srs. Amauri Sousa Lima, Manoel das Graças Barbosa da Costa e Nilton Correa Vieira, condenando-os, em solidariedade com a empresa Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda., ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor;

Débito	
Valor (R\$)	Data
10.789,77	26/02/2010

4.130,32	25/03/2010
4.108,74	12/04/2010
7.229,14	18/05/2010
8.977,08	26/05/2010
10.661,08	29/07/2010
8.868,48	02/09/2010
3.042,50	30/09/2010
4.167,81	12/11/2010
1.693,93	25/11/2010
2.027,45	05/01/2011
6.211,08	21/01/2011
4.280,17	02/03/2011
4.280,17	13/04/2011
4.183,63	03/05/2011
5.503,08	16/05/2011
3.539,99	20/06/2011
2.733,49	31/07/2011
2.733,49	31/08/2011
7.517,10	26/09/2011

Crédito	
Valor (R\$)	Data
671,98	29/11/2011
3.758,55	21/11/2011

II) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, e § 2º da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei; e com os arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, que sejam julgadas irregulares as contas dos Srs. Amauri Sousa Lima, Manoel das Graças Barbosa da Costa e Nilton Correa Vieira, condenando-os, em solidariedade com a empresa Construtora Caiapó Ltda., ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor;

Débito	
Valor (R\$)	Data
28.472,57	22/01/2010
28.472,57	10/02/2010
9.719,95	28/04/2010
15.610,82	29/04/2010
14.518,83	29/06/2010
14.518,83	11/08/2010
14.986,46	19/10/2010
20.083,90	19/10/2010
26.200,82	20/10/2010

13.097,86	04/11/2010
5.703,52	16/11/2010
5.703,52	06/01/2011
17.621,33	21/01/2011
20.175,14	21/03/2011
21.026,41	30/03/2011
11.917,80	06/05/2011
17.025,44	31/05/2011
12.769,08	24/06/2011
16.268,92	30/08/2011
7.230,63	10/11/2011
15.365,09	30/11/2011

Crédito	
Valor (R\$)	Data
18.654,44	23/12/2009

III) aplicar aos responsáveis, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do Regimento Interno, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea **a**, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

IV) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;

V) autorizar o pagamento da dívida em parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

VI) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Tocantins, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.”

6. O Ministério Público especializado, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, anui ao entendimento esposado pela Secex/TO tecendo os seguintes comentários sobre os autos (peça 89):

“Este membro do Ministério-Público concorda com a unidade técnica quanto ao fato de que as defesas apresentadas não lograram afastar as inconsistências de pagamentos efetuados a maior às empresas, no período de execução dos contratos do Crema 1ª Etapa.

As alegações dos defendentes primaram por desqualificar os serviços do Consórcio CONSOL/JBR, contratado pelo DNIT para prestar os serviços de assessoramento técnico e monitoramento do desempenho nos programas de recuperação rodoviária do DNIT, e nesse sentido justificar que o engenheiro supervisor da autarquia poderia contraditar e ‘corrigir’ as avaliações realizadas pelo consórcio, sem apoio em evidências colhidas **in loco** ou em registros técnicos mensuráveis que infirmem os juízos de caráter avaliativo emitidos nas fichas de notificações de não conformidade, tarefa incumbida ao consórcio contratado especificamente para essa finalidade.

Caso pairassem dúvidas sobre o acerto das avaliações feitas pelo consórcio, providências administrativas outras deveriam ter sido tomadas, a exemplo de investigação sobre a qualidade do serviço prestado, aplicação de multas por desempenho inadequado, ou mesmo rescisão do contrato de assessoramento técnico. Nada disso ocorreu, o que leva a presumir que o DNIT não questionava a suficiência dos trabalhos prestados pelo consórcio que, deve ser ressaltado, abrangia outros trechos rodoviários que não os ora tratados.

Além do mais, precisa foi a análise da unidade técnica quando registra que diversas alegações da defesa argumentado que correções do supervisor do contrato seriam necessárias em função de situações fáticas (reuniões para definir procedimentos a serem adotados nas medições, risco de duplicidade de programas aplicáveis aos trechos rodoviários em questão, tais como PROSINAL e PRODEFENSAS) não lograram ser comprovadas com documentação hábil, permanecendo no campo da argumentação sem lastro probatório.

Assim, toda a investigação levada a efeito pelo Tribunal que culminou na presente tomada de contas especial está em coerência com diversos trabalhos pretéritos da Casa sobre os contratos celebrados no âmbito do programa Crema, sendo certo que esse tipo de avença, para ter pagamento justo, deve ser fiscalizado **pari passu**, cabendo efetuar os pagamentos mensais às contratadas pelas intervenções efetivamente verificadas.

É o que se extrai do item 9.3.2 do Acórdão nº 32/2008-TCU-Plenário (Relator o Ministro Ubiratan Aguiar), ao emitir determinação a uma regional do DNIT:

‘9.3.2. exija, na execução dos contratos que tenham como objeto serviços de conservação e/ou restauração rodoviária, a exemplo dos Contratos TT-335/2006-00 e TT-336/2006-00, como condição para o pagamento dos serviços, que os quantitativos medidos sejam discriminados em relatório de fiscalização que identifique, por meio de mapas lineares ou outros instrumentos, a estaca e a posição geográfica inicial e final da execução de cada serviço e sejam acompanhados por arquivo de fotos digitais datadas e que enquadrem a indicação, com precisão mínima de uma centena de metros, da localização em que foram obtidas, de forma a evidenciar suficientemente a situação dos trechos concernentes antes e depois dos trabalhos e registrar inequivocamente a realização das atividades, de forma a evitar os problemas verificados na aferição dos serviços efetivamente executados no âmbito dos mencionados contratos, uma vez que os critérios estabelecidos para determinação do valor a ser pago pelos serviços de manutenção e conservação da rodovia são excessivamente subjetivos e de difícil quantificação.’

Entendo, portanto, que subiste o débito apurado.

Poder-se-ia, como de fato faz a Construtora Caiapó em manifestação (peça 88) acostada aos autos quando o feito se encontrava neste órgão ministerial para manifestação, alegar que o montante do débito frente ao valor total dos contratos seria de pequeno percentual, o que, no entendimento da empresa, não representaria prejuízo aos cofres públicos.

Ocorre que há de se fazer a distinção entre as situações que usualmente acarretam o superfaturamento em obras de engenharia.

Quando o superfaturamento decorre de sobrepreço (normalmente oriundo da orçamentação prévia) de baixo valor percentual em relação ao total do contrato ou da execução efetiva, não deve ser olvidado que o orçamento é sempre uma estimativa, e em assim sendo, sempre haverá um nível de aproximação de valores, para mais ou para menos, em relação os custos reais.

É claro que quanto melhor o projeto e mais particulares forem as condições estabelecidas para o empreendimento, mais próximo o valor estimado será do real, mas nunca será idêntico. Essa circunstância praticamente inelutável, em algumas vezes, pode acarretar, no caso concreto em que o TCU considere que determinado valor de débito, quando confrontado com os valores globais do contrato, não têm materialidade suficiente para se concluir pelo prejuízo ao erário (Acórdãos de nºs 1979/2010; 763/2011; 2086/2012; 3382/2012, entre outros).

Todavia, situação diferente é quando o superfaturamento decorre de excessos de quantitativos de serviços, ou pagamento por serviços não executados ou executados com qualidade inferior ao exigido no edital e no contrato, o que é o caso do presente processo. Nessas situações, o eventual pequeno percentual do débito em comparação com o valor total do contrato não induz a existência de parca materialidade apta a afastar o dano ao erário.

De fato, nos contratos do tipo Crema 1ª Etapa, o fator de desempenho para os serviços de manutenção e conservação é o balizador dos pagamentos mensais a serem feitos às construtoras. No caso dos autos, a Secob Rodovias identificou que esse fator de desempenho situava-se por volta de 75%. Logo, os pagamentos relativos a este serviço deveriam corresponder, em média, a 75% do valor mensal contratado, de forma a se manter a compatibilidade entre o executado, contratado e pago, não sendo lícito que o fiscal do DNIT, a pretexto de corrigir pontuações 'burocraticamente' lançadas pelo consórcio que presta os serviços de assessoramento técnico, alterasse aquelas pontuações sem lastro em vistoria e exames técnicos que infirmem as fichas de notificação de não conformidades (FNNC).

Verifica-se, assim, que faltou a devida motivação aos atos do fiscal dos contratos que alteraram as pontuações, em afronta ao art. 50 da Lei nº 9.784/99, situação endossada, por omissão, pelos seus superiores, também arrolados nesta TCE e que falharam no dever de supervisão dos atos do Sr. Manoel das Graças Barbosa da Costa.

Quanto às demais matérias alegadas na manifestação extemporânea da empresa Caiapó Ltda., avalio que já foram devidamente apreciadas na instrução da Secex/TO, não se constituindo em argumentação nova ante todo o quando já avaliado neste processo e na representação que o antecedeu. Inclusive, não procede a argumentação de que a Caiapó não exerceu seu pleno direito de defesa e contraditório, pois não teria sido ouvida no processo apenso. Tanto o foi que trouxe àqueles autos suas ponderações, conforme se observa da peça 19 do TC-006.727/2012-3.

Ante o exposto, manifesto-me em concordância com a proposta de encaminhamento lançada no item 70 da instrução de peça 83, corroborada pela instância dirigente da Secex/TO (Peças 84 e 85).”

É o Relatório.