

VOTO

Cuidam os autos de embargos de declaração interpostos pela sociedade empresária Torre Empreendimentos Rural e Construção Ltda. contra o Acórdão 1419/2013-2ª Câmara, lavrado em processo de tomada de contas especial.

2. Por meio da aludida deliberação, esta Corte de Contas decidiu conhecer do recurso de reconsideração apresentado pelo mesmo responsável e, no mérito, negar a ele provimento, mantendo inalterado o Acórdão 395/2012-2ª Câmara.

3. O referido **decisum**, por sua vez, apreciou tomada de contas especial instaurada pelo TCU para apurar as irregularidades identificadas na construção de uma barragem de terra na Escola Técnica Federal de Catu/BA, atualmente denominada Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano – Campus Catu, entre 1992 e 1993, com recursos federais daquela unidade de educação.

4. Conforme descrito em relatório de vistoria técnica realizada pelo DNOCS, em outubro de 1996, foram constatados problemas técnicos na barragem em apreço, os quais foram causados pela alteração irregular da localização da barragem, pela redução de suas dimensões, pela decisão de barrar apenas um riacho ao invés de dois, como originalmente projetado, e pela má qualidade da obra construída.

5. Após a regular citação dos responsáveis, este Tribunal, mediante o Acórdão 395/2012-2ª Câmara, resolveu julgar irregulares as contas dos Srs. Carlos Guedes Alcoforado e Luiz Henrique Dias Casais e Silva e da sociedade empresária Torre Empreendimentos Rural e Construção Ltda., condená-los solidariamente ao pagamento das quantias ali discriminadas e imputar a eles, individualmente, a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

6. A sociedade empresária Torre Empreendimentos Rural e Construção Ltda. vem aos autos, nesta oportunidade, interpor embargos de declaração, sob o argumento de que há omissão e contradição no Acórdão 1419/2013-2ª Câmara.

7. Conforme descrito no relatório que antecede este voto, a recorrente, em apertada síntese, alegou que não foi apreciado seu argumento de que a condenação pela integralidade dos valores repassados representa enriquecimento sem causa da União, na medida em que o próprio Diretor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano – IF Campus Catu havia aduzido que a barragem conseguia manter, no período de seca, cerca de 20% do nível do reservatório.

8. Ademais, a embargante asseverou que tinha se limitado a seguir as orientações do Poder Público e que a deliberação recorrida, ao apontar que a empreiteira deveria ter exigido novo projeto para a obra, diante das modificações do empreendimento planejado, não tinha assinalado em que medida ela poderia exigi-lo, dado que já tinha assinado o contrato com a Administração.

9. Com isso, pugnou pelo conhecimento dos embargos de declaração, pela oitiva da unidade técnica e do Ministério Público, pelo saneamento das omissões, pelo julgamento regular com ressalvas das contas e, na eventualidade de ser mantido o aresto embargado, pela autorização para que ela resolvesse o seu débito com a prestação de serviços, seja na obra examinada, com os reparos necessários a sua funcionalidade, seja em outra, a ser indicada pela contratante.

10. Em momento posterior, a embargante ingressou com novos elementos, por meio dos quais informa as providências adotadas junto ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano - Campus de Catu, no sentido de resolver o débito por meio da recuperação da barragem ou construção de outra obra de interesse da contratante.

I – Admissibilidade

11. Preliminarmente, observo que ainda não houve a notificação da sociedade empresária Torre Empreendimentos Rural e Construção Ltda. acerca do Acórdão 1419/2013-2ª Câmara. Por esse motivo, reputo prejudicado o exame da tempestividade do expediente recursal. De todo modo, considerando o preenchimento dos demais requisitos aplicáveis à espécie, conheço dos embargos de declaração, com fulcro nos arts. 32, inciso II, e 34, **caput** e § 1º, da Lei 8.443/1992.

II – Questões de Mérito

12. Quanto ao mérito, aponto que não existe omissão a ser corrigida no acórdão embargado.

13. Com relação à assertiva de que a barragem consegue reservar 20% de seu volume, registro que a Serur enfrentou adequadamente a questão em sua análise, a qual foi acatada como razão de decidir no voto condutor do Acórdão 1419/2013-2ª Câmara. Nesses termos, transcrevo a análise da unidade técnica e o trecho do voto da deliberação embargada:

[Instrução da Serur]

“Análise

31. *Diversamente do que aponta a recorrente, a obra não se prestou ao seu objetivo. Conforme resposta à diligência apresentada pelo Diretor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano - IF Campus Catu, a barragem não tinha capacidade de represamento e servia, tão somente, de fonte de abastecimento de água para alguns animais. Informou-se ainda que a visita do parecerista contratado pela ora recorrente se deu em meados de julho do ano de 2010, período em que, coincidentemente, ocorreram fortes chuvas. Este foi o motivo de a barragem apresentar-se naquela época com algum volume de água. Segundo o Diretor do IF Campus Catu, esse fato representou uma excepcionalidade (relatório do acórdão recorrido, peça 2, p. 52-53).*

32. *Do exposto, não há como entender que a obra atingiu o seu objetivo, nem mesmo parcialmente, o que impede a redução do débito aferido nestes autos.”.*

[Voto do Acórdão 1419/2013-2ª Câmara]

“8. No mérito, acompanho o posicionamento adotado pela Serur, o qual contou com a anuência do Ministério Público junto a este Tribunal e cujos fundamentos incorporo a estas razões de decidir.”.

14. De todo modo, julgo necessário tecer algumas considerações acerca da capacidade de represamento e da prestabilidade da obra em exame.

15. Uma barragem é dimensionada de maneira que seu volume de armazenamento seja capaz de suprir as necessidades de água para a qual ela foi projetada. Tal volume corresponde à diferença entre o necessário para atender a demanda, em um determinado período, e o volume acumulado que chega ao reservatório durante esse período (CARVALHO, Jacinto de Assunção. *Dimensionamento de pequenas barragens para Irrigação*. Lavras: Editora UFLA, 2008, p. 55).

16. No caso da barragem em análise, ressalto que ela tinha como finalidade atender aos projetos de piscicultura e irrigação da escola técnica (peça 6, p. 8, 11 e 18).

17. Dessa forma, era necessário que a aludida obra hídrica possuísse uma altura hidráulica suficiente para, além de fornecer a quantidade de água necessária ao consumo de irrigação, permitir a criação de peixes, mesmo em períodos de escassez de água.

18. Portanto, o fato de a barragem ter apresentado cerca de 20% de seu volume em um dado período de tempo não implica que ela possua utilidade para os fins a que se propôs. Nesse caso, era preciso que a altura e o volume mínimos armazenados, não em um período específico, mas em todo o período de operação, fossem de tal magnitude que possibilitassem, primeiro, a retirada da água por bombeamento e, segundo, o suprimento da demanda projetada.

19. Com relação ao primeiro aspecto, destaco, por exemplo, que a boca de entrada da tomada d'água deve estar suficientemente submersa, de modo a evitar a formação de vórtices junto à estrutura da bomba que retirará a água do reservatório – a entrada de ar no interior da bomba pode provocar a ocorrência de cavitação.

20. Sobre esse tema específico, o Manual da Eletrobras para Projetos de Pequenas Centrais Hidroelétricas fornece um parâmetro objetivo da submersão mínima da tomada d'água, cuja entrada deve estar situada a pelo menos 1 m da superfície do reservatório (BRASIL. Eletrobrás. *Diretrizes para Estudos e Projetos de Pequenas Centrais Hidrelétricas*, p. 7.1-26. Disponível em <<http://www.eletrobras.com/elb/data/Pages/LUMISF99678B3PTBRIE.htm>>. Acesso em 28/06/2013).

21. Por outro lado, é preciso que a boca de entrada da tomada d'água esteja posicionada a certa altura mínima com relação ao fundo do reservatório, a fim de evitar a sucção de água com partículas suspensas e/ou material orgânico. Em outras palavras, é necessário que a capacidade de armazenamento do reservatório supere o chamado volume morto, que corresponde à parcela de volume que não está disponível para uso (LOPES, João Eduardo G. SANTOS, Raquel Chinaglia P.. *Capacidade de reservatórios*. São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2002, p. 5).

22. No caso da barragem em exame, não há comprovação no processo de que o volume de 20% informado atende às considerações técnicas supramencionadas. Em outras palavras, não resta demonstrado que o volume indicado pela defesa seja superior ao nível operacional mínimo da barragem, de modo a permitir o uso para o qual ela foi dimensionada.

23. Ademais, observo que não está sequer comprovado que o volume de 20% da barragem perdura por todo o período de estiagem. Nesse sentido, anoto que o laudo pericial produzido no âmbito da Ação Ordinária — Processo nº 1997.33.00.002387-4 – atestou como volume existente, na data da vistoria, um montante de água correspondente a 9,4% do volume total projetado (peça 6, p. 16). Por essas primeiras razões, não procede o argumento do recorrente.

24. Com relação à utilidade da barragem, ressalto que o Diretor do Instituto Federal, na resposta de sua diligência, informou que ela serve, atualmente, apenas como fonte de abastecimento de água para alguns animais do campo. Sendo assim, conclui-se que a obra em tela não atendeu a finalidade pública para a qual foram aportados recursos federais, razão pela qual julgo cabível a devolução integral do montante repassado.

25. No caso, não há que se falar em enriquecimento sem causa para a Administração, pois ela não está usufruindo nenhum ganho econômico ou social em razão da obra. Pelo contrário, pode-se afirmar que Instituto Tecnológico de Catu incorreu em prejuízos superiores ao próprio dispêndio que teve na obra, uma vez que, transcorridos vinte anos da construção da barragem, até hoje não logrou desenvolver os projetos de irrigação e piscicultura que projetou.

26. No tocante à afirmação da sociedade empresária de que o acórdão não assinalou em que medida ela poderia exigir que a Administração elaborasse novo projeto, dado que já tinha assinado o contrato com o Instituto Federal, informo que não se trata, em verdade, de omissão da deliberação embargada, mas sim de dúvida da recorrente quanto ao argumento usado no voto condutor do Acórdão 1419/2013-2ª Câmara. Nesse ponto, transcrevo a passagem ora contestada:

“22. Por fim, o fato de a Administração possuir a obrigação de elaborar os projetos de engenharia, como reconhece a própria recorrente, não favorece a sua defesa, uma vez que a empresa não deveria ter iniciado a execução dos serviços antes que o contratante realizasse adequadamente as providências a seu cargo. No caso, como houve modificação da concepção da obra, era premente a apresentação de um novo projeto para a barragem, baseado em levantamentos geológicos e geotécnicos, incluindo investigações, sondagens e ensaios da área da barragem. (...)”

27. Quanto ao assunto, extrai-se dos arts. 6º e 8º, § 2º do Decreto-lei 2.300/1986, vigente à época da ordem de início dos serviços, que a elaboração dos projetos básico e executivo incumbia à Administração contratante, que poderia, no caso deste último, repassar tal encargo ao particular contratado para a execução das obras, caso houvesse tal previsão no edital da licitação.

28. Por outro lado, o art. 56 do Decreto-Lei especificava que o contrato deveria ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas deste decreto-lei, respondendo cada qual pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. Por fim, o art. 68, inciso XVII, c/c o art. 69, incisos II e III, estabeleciam como hipóteses de rescisão contratual por culpa da Administração a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais.

29. Dessa forma, como houve modificação da concepção da obra, a sociedade empresária Torre Empreendimentos Rural e Construção Ltda. poderia perfeitamente ter exigido da Escola Agrotécnica Federal de Catu o cumprimento fiel de sua obrigação contratual de fornecer a ela projetos básicos e executivos aptos à construção da barragem almejada. Em não fazendo, poderia a contratada após regular notificação, buscar a rescisão amigável da avença, com base no art. 69, inciso II, c/c os arts. 56 e 68, inciso XVII, do Decreto-Lei, ou judicial, com fulcro no art. 69, inciso III, c/c os arts. 56 e 68, inciso XVII, todos do Decreto-Lei 2.300/1986.

30. No tocante ao argumento de que a recorrente tinha se limitado a seguir as orientações do Poder Público, observo que o tema foi exaustivamente tratado na deliberação embargada, conforme se verifica no trecho colacionado a seguir.

“9. Lembro que, consoante constou do acórdão recorrido, a empresa Torre Empreendimentos Rural e Construção Ltda. foi responsabilizada por ter executado a obra conforme as alterações definidas pela fiscalização e supervisão, apesar das falhas relatadas e de ter, como construtor, responsabilidade pelo resultado da obra, considerando tratar-se de uma empresa de engenharia, com responsável técnico devidamente registrado no CREA, com formação técnica e experiência compatível para a execução do objeto licitado.

10. Por essa razão, entendo que estava ao alcance da empresa e, portanto, constituía a conduta esperada, considerando o dever de cuidado médio e as mudanças na concepção do objeto a ser executado, condicionar o início dos serviços à apresentação de projeto de engenharia contendo estudos de solos suficientemente detalhados, elaborados por profissional com formação adequada.

11. Se não o fez e, portanto, executou uma obra diferente da inicialmente projetada, sem estar arrimada em um projeto detalhado, assumiu o risco pelos atos praticados, devendo, portanto, ser responsabilizada pelos prejuízos a eles associados.” (grifos acrescidos).

31. Por essa razão, não há omissão a sanar, não assistindo razão à recorrente.

32. Dessarte, percebo que os argumentos apresentados nessa etapa processual não são aptos a alterar a deliberação recorrida, a qual, ante a falta de omissão, obscuridade e contradição, deve ser inteiramente mantida.

III – Dos pedidos de oitiva da unidade técnica e do MPTCU

33. No tocante aos demais pedidos apresentados pela sociedade empresária Torre Empreendimentos Rural e Construção Ltda., ressalto que não é obrigatória a oitiva das unidades técnicas e do Ministério Público no caso de embargos de declaração. Nesse sentido transcrevo os arts. 280 do Regimento Interno e os arts. 47, 48, § 3º, e 51 da Resolução-TCU 191/2006:

Art. 280. Exceto nos embargos de declaração, no agravo e no pedido de reexame em processo de fiscalização de ato ou contrato, é obrigatória a audiência do Ministério Público em todos os recursos, ainda que o recorrente tenha sido ele próprio.

Art. 47. O recurso que der entrada no TCU será encaminhado à unidade técnica responsável pelo processo objeto da deliberação recorrida, para fins de autuação de novo processo e de vinculação ao processo objeto do recurso, e enviado à Serur, com cópia eletrônica dos autos a que se refira, para exame preliminar de admissibilidade, ou ao gabinete do relator, nos casos de embargos de declaração e agravo.

Art. 48. (...) § 3º Os embargos de declaração e os agravos, independentemente do local de entrada no Tribunal, serão encaminhados pelas respectivas unidades receptoras:

I - ao autor do despacho recorrido, quando se tratar de agravo;

II - ao relator que proferiu o voto vencedor da deliberação recorrida ou a quem lhe houver sucedido, quando se tratar de embargos de declaração.

Art. 51. No caso de embargos de declaração, cumpre ao relator ou redator, conforme o caso, submetê-los diretamente ao órgão colegiado que proferiu a decisão embargada.

34. Dessa forma, diante da ausência de previsão regimental e da desnecessidade de tal oitiva para a formação de meu convencimento, no presente caso concreto, rejeito os pedidos formulados no item “b” da peça recursal.

IV – Do pedido de realização de reparos necessários à funcionalidade da obra ou de outros serviços indicados pela contratante

35. No tocante ao requerimento da embargante para que se faculte a ela a possibilidade de resolver o seu débito com a prestação de serviços, seja na obra examinada, com os reparos necessários a sua funcionalidade, seja em outra, a ser indicada pela contratante, trago as seguintes considerações.

36. A Lei Orgânica desta Corte de Contas não previu, no caso da existência de débito, a possibilidade de emissão de acórdãos de natureza mandamental, ou seja, que contenham em sua parte dispositiva o estabelecimento de uma obrigação de fazer.

37. Em situações do tipo, o art. 19 da Lei 8.443/1992 dispôs:

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

38. Dessa forma, o único provimento jurídico-administrativo possível, no caso da existência de débito, constitui a expedição de um acórdão condenatório, ou seja, que imponha aos responsáveis uma obrigação de pagar quantia certa.

39. Não há amparo na legislação do controle externo para que o Tribunal conceda tutela específica da obrigação ou determine providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, nos moldes estabelecidos pelo art. 461 do Código de Processo Civil. Com relação à matéria, não há espaço para a aplicação subsidiária do CPC, ante a expressa previsão do art. 19 da Lei Orgânica, conforme transcrito acima.

40. Dessa forma, a despeito da iniciativa manifestada pelo particular contratado, não vislumbro amparo legal para alterar o mérito da deliberação do TCU que condenou a embargante e demais responsáveis ao pagamento do débito e de multa.

41. Ademais, cabe lembrar que o art. 71, § 3º da Constituição e o art. 24 da Lei 8.443/1992 restringem a eficácia de título executivo apenas às decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa. Desse modo, um acórdão do TCU que impusesse uma obrigação de fazer não poderia sequer ser executado pela Advocacia Geral da União no Poder Judiciário, constituindo, portanto, um provimento de duvidosa eficácia quanto aos propósitos de proteger o erário e o interesse público.

42. Outrossim, observo que o pedido formulado pela embargante melhor se amolda à fase de execução judicial do acórdão condenatório deste Tribunal. Nesse sentido, observo que o art. 1º da Lei 9.649/1997, com a redação dada pela Lei 11.941/2009, especifica que “*o Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).*”.

43. Por seu turno, o art. 4º-A da referida lei, acrescentado pela Lei 12.249/2010, dispõe sobre a possibilidade de a Advocacia-Geral da União firmar termos de ajustamento de conduta para prevenir ou terminar litígios que envolva interesse da União ou suas autarquias.

Art. 4º-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter: (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

I - a descrição das obrigações assumidas; (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

II - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

III - a forma de fiscalização da sua observância; (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

IV - os fundamentos de fato e de direito; e (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

V - a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

44. Com isso, concluo que o processo de execução da dívida constituída pelo Acórdão 395/2012-2ª Câmara corresponde ao momento oportuno de se discutir a viabilidade da reconstrução da obra ou da realização de outros serviços no interesse do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano – Campus Catu, nos moldes requeridos pela embargante. Nesse passo, cabe à AGU deliberar junto aos executados a possibilidade de realizar acordos visando terminar o processo de cobrança do dano decorrente da supramencionada deliberação.

45. Sendo assim, rejeito o pedido formulado pela recorrente em face de sua evidente impossibilidade jurídica.

46. Ante o exposto, manifesto-me por que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 24 de setembro de 2013.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

