

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS –
Conselheiro José Wagner Praxedes

Processo nº 4469/2008

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - TO 15A7B983ED5C63D
Protocolo: 03196/2013 Data: 18/04/2013 17:28:12
Origem: SECRETARIA DA INFRAESTRUTURA
UF: TO CNPJ: 01.786.011/0001-01

SERGIO LEÃO, ex-Subsecretário da Infraestrutura, vem diante de Vossa Excelência, através de seu advogado legalmente constituído (instrumento procuratório nos autos), para, com fulcro nos artigos 46/47 da Lei nº 1.284/01 c/c artigo 228 do Regimento Interno desse Egrégio TCE, interpor **RECURSO ORDINÁRIO** frente ao Acórdão nº 123/2013- TCE/TO – 1ª Câmara, que julgou irregular a presente Tomada de Contas Especial por Conversão (Resolução 575/2012), imputou débito e aplicou multa ao Recorrente, considerando haver ato de gestão antieconômica injustificada e dano ao erário, em razão do apostilamento de reajustamento de preços da 5ª medição do Contrato nº 157/2005.

Requer o recebimento do referido recurso no seu efeito suspensivo, com a conseqüente reforma da decisão, mediante as seguidas razões recursais.

Pede deferimento.

Palmas, 18 de abril de 2013.

Solano Donato Carnot Damacena

OAB/TO 2.433


Hermógenes Alves Lima Sales

OAB-TO 5.053

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES CONSELHEIROS

RAZÕES DO RECURSO

EGRÉGIO TRIBUNAL

SÍNTESE DOS FATOS

A 1ª Câmara dessa egrégia Corte de Contas, nos autos 4469/2008, acompanhando o Voto do Conselheiro Relator, julgou irregulares as contas objeto da Tomada de Contas Especial relativas ao apostilamento de reajustamento de preços da 5ª medição do Contrato nº 157/2005, imputou débito ao recorrente no montante de R\$ 50.952,16 (cinquenta mil, novecentos e cinquenta e dois reais e dezesseis centavos) e aplicou multa de 10% do valor imputado em débito, o que corresponde a R\$ 5.095,21 (cinco mil e noventa e cinco reais e vinte e um centavos).

Segundo consta do voto e do acórdão em debate, em razão da gestão antieconômica injustificada que resultou no apostilamento de reajustamento de preços da medição (demora na emissão da OS), houve o dano ao erário.

Inconformado o Recorrente, entendendo que não há como prevalecer o *decisum vergastado*, posto que em dissonância com o regramento vigente, interpõe o presente Recurso Ordinário mediante as seguintes razões:

DA TEMPESTIVIDADE DA MEDIDA

A medida proposta – Recurso Ordinário – é própria, porquanto o acórdão atacado foi proferido pela 1ª Câmara deste Tribunal, como dispõe o artigo 228 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Handwritten signature

O acórdão vergastado foi publicado no Boletim Oficial nº 907, com circulação no dia 02 de abril de 2013, sendo, portanto, a medida tempestiva, posto está dentro do prazo estabelecido no artigo 234 do Diploma Legal c/c IN nº 01/2012, que é de 15 dias contados da publicação da decisão recorrida.

A Resolução acima citada dispõe que o Boletim Oficial será considerado publicado no primeiro dia útil seguinte ao da sua circulação, no caso, 03/04/2013, iniciando a contagem no dia 04/04/2012 e encerrando-se em 18/04/2012.

DAS RAZÕES RECURSAIS

NO MÉRITO

O que nos traz ao debate em sede recursal está bem demonstrado nos autos e requer uma análise acurada de todos os fatos inerentes ao processo como um todo, e mais ainda, ao acórdão ora combatido.

Pugna a decisão da 1ª Câmara que o reajustamento de preços em questão gerou dano ao erário por se constituir em ato de gestão antieconômica injustificável, e estarem em desacordo com a legislação vigente, alicerçando-se na tese de que a demora na emissão da OS acarretou o reajustamento, fazendo crer que o mesmo não estava amparado pela legalidade.

Como o próprio Acórdão comprova, o apostilamento, ora debatido, não causou dano ao erário, fato que deixa o recorrente contrariado com a imposição de débito e multa, haja vista que pelo Princípio da Boa-Fé, tem-se que sendo medida necessária, o referido apostilamento ocorreu, justamente em atendimento ao interesse público e à moralidade.

O Acórdão explicita que a formalização da apostila se face a demora na emissão da OS e em virtude de uma paralisação injustificada.

A demora na emissão da OS, além de não poder ser imputada ao Recorrente, tem por fundamento a insuficiência financeira do Estado.

Hahn

Ao que se depreende dos autos, houve apenas uma paralisação da obra, em 01/08/2006, fl. 19, a qual se encontra devidamente justificada:

“aguardando a conclusão de estudos relativos a alterações de quantidades contratadas.”

Portanto, o Estado demorou na emissão da OS e paralisou/interrompeu a obra de acordo com previsão legal, parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.666/93, insuficiência financeira e motivo de ordem técnica, não havendo que se falar em ato de gestão antieconômica ou malversação de recursos públicos.

“É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado **motivo de ordem técnica**, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei.” (destacamos)

Importante trazer que independente da demora na OS e da paralisação da obra, a medição sofreria reajuste, haja vista que a demora na licitação acarretou a defasagem natural do preços.

O contrato foi firmado em 04/novembro/2005 sendo que os preços são referentes a setembro/2004, ou seja, já na primeira medição a contratada teria direito ao reajuste, por ter decorrido mais de um ano da apresentação da proposta.

Na realidade, o apostilamento referente ao reajustamento da 5ª medição do contrato nº 157/2005 ocorreu em virtude de que os valores originais do contrato, os quais serviram para composição dos custos e para formação da planilha base de mercado, terem sido apresentados no ato da formulação da proposta de licitação, denominado de “preço inicial”, **SETEMBRO/2004**, ocorrendo, daí, período superior a 01 (um) ano para pagamento da medição.

Assim, nos termos da Lei Federal nº 10.192/2001, art. 3º, § 1º, “a periodicidade anual dos contratos de que trata o caput deste artigo será contada da proposta ou do orçamento a que se referir”.

A demora no início e na execução do contrato, devido principalmente a ausência de orçamento e recursos financeiros, **originou a defasagem natural dos preços inicialmente ofertados**,

não podendo por consequência ser debitada ao particular ou ao responsável citado nos autos, sob pena de quebra ao princípio do equilíbrio econômico - financeiro do contrato.

No caso em questão, não pode ser imputado débito ao recorrente, posto não ter havido dano ao erário, uma vez que o reajustamento de preços era devido, e se deu de forma lícita, mais a mais, este não é o responsável pela demora na emissão da OS.

O reajuste apostilado é legal e tem previsão tanto no Edital quanto no Contrato firmado, fora tempestivo e não houve dano.

Neste aspecto, temos que o reajustamento contratual de preço da citada medição, oriunda do Contrato Administrativo nº 157/2005, obedeceu às formalidades legais, atendeu aos princípios norteadores da licitação, quais sejam: a isonomia, publicidade, moralidade, eficiência e economia.

Também deve ser ressaltado por essa Corte que todo o procedimento foi efetuado com base em parecer jurídico (Procuradoria Geral do Estado – fls. 06/09), ou seja, o gestor foi orientado pela possibilidade da realização do apostilamento.

Neste caso, conforme dispõe o §4º do art. 68 do Regimento Interno, está demonstrada a boa fé na conduta do Manifestante:

§ 4º. Na oportunidade da resposta à citação, será examinada a ocorrência de boa fé na conduta do responsável e a inexistência de outras impropriedades graves.

Também neste sentido vem entendendo Corte Superior, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela

Handwritten signature

do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.

2. Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10 (v.g.: REsp 734.984/SP, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008; AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006; REsp 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006).

3. *É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações*, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade.

4. Recurso especial do Ministério Público parcialmente provido. Demais recursos providos.

(REsp 827445 / SP RECURSO ESPECIAL 2006/0058922-3; Relator do Acórdão: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI; 1ª Turma; Publicação: DJe 08/03/2010)

Assim, podemos concluir que não houve má fé do Gestor e que o reajustamento de fato era devido.

Diferentemente do que foi apontando no Acórdão vergastado, o reajustamento de preço da medição não gerou dano ao erário, tanto que não há nos autos indicação nesse sentido, o que toma a imputação de débito, medida contrária à segurança jurídica, o devido processo legal e impõe prejuízo de ordem patrimonial ao recorrente, sem, o mesmo, no entanto, merecer tal sanção, por demais gravosa, diga-se de passagem.

A imputação de débito ao recorrente, sem, no entanto, se demonstrar nos autos, de forma concreta, qual o dano ao erário a ser ressarcido, demonstra uma incoerência que compromete a excepcionalidade e eficiência que deve permear a atuação do Tribunal de Contas.

O caso não abre possibilidade da imputação de débito, e permanecer com tal condenação soa estranho e configura locupletação "irregular" de valores, por parte do Estado, uma vez que, o reajustamento de preços era devido e o apostilamento atendeu às formalidades legais.

Diante do exposto, e mediante os documentos que integram os autos, entende-se que não houve dano ao erário que sujeite o recorrente às penas de imputação de débito e tampouco à aplicação de multa.

DO PEDIDO

Isto posto, requer:

a) que seja o presente Recurso recebido em seu efeito suspensivo, conforme determinação legal;

b) que seja **PROVIDO O PRESENTE RECURSO**, para reformar o v. ACÓRDÃO 123/2013 – TCE-1ª CÂMARA, e julgar legal a Apostila referente a atualização monetária da 5ª medição do Contrato nº 157/2005, excluindo por consequência a imputação de débito e multa.

Nesses termos, pede deferimento.

Palmas-TO, 18 de abril de 2013.

Solano Donato Camot Damacena

OAB/TO 2.433


Hermógenes Alves Lima Sales

OAB-TO 5.053

PROCURAÇÃO AD JUDICIA

OUTORGANTE : SÉRGIO LEÃO, brasileiro, separado judicialmente, funcionário público, portador do CPF/MF nº. 210.694.921-91, residente e domiciliado em Goiânia -GO.

OUTORGADO: SOLANO DONATO CARNOT DAMACENA, brasileiro, casado, advogado, OAB/TO nº 2.433, ÂNGELA MARQUEZ BATISTA, brasileira, divorciada, advogada OAB/TO 1.079; ALINE RANIELLE DE SOUSA, brasileira, solteira, Advogada, inscrita na OAB/TO sob nº 4.458, HERMÓGENES ALVES LIMA SALES, brasileiro, solteiro, advogado, inscrito na OAB/TO 5053, todos com endereço profissional sito 110 SUL, Alameda 05, Lt-16, Centro, Palmas-TO., fone (063) 3215-7943.

PODERES : Os da cláusula *ad judicia*, excluindo os da ressalva do artigo 38 do Código de Processo Civil, para atuar em qualquer juízo, instância ou Tribunal, inclusive em esfera Administrativa, defendendo os direitos e interesses do outorgante, tomando as providências processuais que necessárias se fizerem, especialmente para apresentar defesa e/ou recursos junto ao Tribunal de Contas do Estado do Tocantins - TCE/TO. Os aludidos procuradores poderão praticar todos os atos que necessários ao fiel e cabal cumprimento do presente, inclusive, substabelecer, com ou sem reservas.

Palmas (TO), 27 de novembro de 2012.


SÉRGIO LEÃO



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

A(s) assinatura(s) abaixo garante(m) a autenticidade/válidade do documento 'TA 3196/2013'

EDIMILSON LACERDA LOPES

Código de Autenticação: 3e7a45b7c0426682ac8bbae5151e1c09 - 19/04/2013 17:51:42