

EXCELENTÍSSIMO RELATOR DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

PROCESSO Nº 6810/2014
CITAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 147/2018/RELT4-CODIL
CITAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 152/2018/RELT4-CODIL
CITAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 155/2018/RELT4-CODIL
CITAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 158/2018/RELT4-CODIL

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - TO EB938123D6BC0F8
Protocolo: 04917/2018 Data: 17/05/2018 16:14:04
Origem: SERGIO LEAO
UF: TO CNPJ: .../-

SÉRGIO LEÃO, ex-Subsecretário da Infra-Estrutura, **LUIZ ANTÔNIO FLORES RESSTEL**, ex-Diretor de Orçamento da SEINFRA, **ORIVAL COSTA JÚNIOR**, ex-diretor de fiscalização da SEINFRA e **CÂNDIDO FERREIRA COLINO JÚNIOR**, fiscal de obras, vêm perante Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado subscritor (instrumento procuratório já constante nos autos), para, apresentar **DEFESA**, aos termos da Resolução nº 38/2018 que converteu os autos em Tomada de Contas Especial, mediante os argumentos e justificativas que passa a delinear.

I - SÍNTESE DO RELATÓRIO

O Relatório de Auditoria de Regularidade nº 021/2014, objetivou fiscalizar a execução do **Contrato 241/2007**, que tinha por objeto a Construção de Escola Padrão Tipo C Quatro Salas em Goiatins (item 3.1) e também do **Contrato 181/2008**, que tinha por objeto a Reforma da Diretoria Regional de Ensino em Tocantinópolis (item 3.2) e ao final, apontou as seguintes possíveis irregularidades:

Contrato 241/07

- 3.1.1- Ausência de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, para serviços de Engenharia;
- 3.1.2- Contrato assinado e obra iniciada sem apresentação de garantia contratual por parte da empresa vencedora da licitação;

1

- 3.1.3- Serviços medidos com valores que ultrapassaram aos previstos em contrato, sem a formalização prévia de termo aditivo;
- 3.1.4 Superfaturamento devido a projeto básico deficiente e inobservação aos ditames legais

Contrato 181/2008

- 3.2.1- Ausência de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, para serviços de Engenharia;
- 3.2.2- Superfaturamento devido a projeto básico deficiente e inobservação aos ditames legais
- 3.2.3- Antecipação de medição de serviços antes de sua real execução;
- 3.2.4- Medição de serviços sem demonstração de que tenha sido executados.

A Resolução nº 38/2018, apesar de não adentrar no mérito da defesa anteriormente apresentada, converteu o feito em Tomada de Contas, haja vista a análise de defesa efetuada pelo órgão técnico que concluiu por não acatar as justificativas apresentadas.

II – PRELIMINARMENTE – 1. LITISPENDÊNCIA

Antes de adentrar no mérito propriamente dito, necessário se faz relatar que os fatos apontados nos presentes autos dizem respeito aos mesmos fatos apontados nos autos 6808/2014 e 6809/2014.

Para melhor compreensão, vejamos o disposto voto condutor das Resoluções que transformaram os feitos em tomadas de contas:

Autos 6809/2014	Autos 6810/2014
Resolução nº 37/2018	Resolução nº 38/2018
9.1 Em apreciação, o Relatório de Auditoria de Regularidade nº 022/2014, de obras paralisadas, Contratos nºs 241/2007 e 181/2008, realizada na Secretaria de Estado da Educação e Cultura do Estado do Tocantins, referente ao período de janeiro a dezembro de 2009.	9.1 Em apreciação, a Auditoria de Regularidade em obras paralisadas, realizada na Secretaria de Estado da Educação e Cultura do Estado do Tocantins, referente ao período de janeiro a dezembro de 2010.
9.2 Inicialmente, cumpre registrar que o trabalho em comento foi desenvolvido no Planejamento Estratégico 2013 do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. No caso da Quarta Relatoria, por meio do Memorando nº 094/2013-RELT4, de 23/09/2013, foram indicadas as seguintes obras de	9.2 Inicialmente, cumpre registrar que o trabalho em comento foi desenvolvido no Planejamento Estratégico 2013 do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. No caso da Quarta Relatoria, por meio do Memorando nº 094/2013-RELT4, de 23/09/2013, foram indicadas as seguintes obras de responsabilidade da Secretaria Estadual de

<p>responsabilidade da Secretaria Estadual de Educação: Construção de Prédio Escolar em Goiatins - TO (Povoado de Alto Lindo) e a Reforma do Prédio da Diretoria Regional de Ensino, em Tocantinópolis - TO.</p> <p>9.3 Após a fiscalização in loco, a equipe técnica enumerou as diversas irregularidades e do apurado, constataram prejuízo ao erário, tendo sido identificados os responsáveis e suas respectivas condutas, como consta no Relatório de Auditoria nº 022/2014. As irregularidades constantes do Relatório de Auditoria nº 022/2014 abrangem somente o exercício de 2009, os quais estão destacadas nos itens 3.1.1 a 3.1.6, quais sejam:</p> <p>9.3.1 Infrações na Construção de Escola Padrão Tipo C Quatro Salas em Goiatins. (subitem 3.1): (...)</p> <p>9.3.2 Infrações na Reforma da Diretoria Regional de Ensino em Tocantinópolis. (subitem 3.2 do Relatório):</p>	<p>Educação: Construção de Prédio Escolar em Goiatins - TO (Povoado de Alto Lindo) e a Reforma do Prédio da Diretoria Regional de Ensino, em Tocantinópolis - TO.</p> <p>9.3 Após a fiscalização in loco, a equipe técnica enumerou as diversas irregularidades e do apurado, constataram prejuízo ao erário, tendo sido identificados os responsáveis e suas respectivas condutas, como consta no Relatório de Auditoria nº 023/2014, quais sejam:</p> <p>9.3.1 Infrações na Construção de Escola Padrão Tipo C Quatro Salas em Goiatins. (subitem 3.1): (...)</p> <p>9.3.2 Infrações na Reforma da Diretoria Regional de Ensino em Tocantinópolis. (subitem 3.2 do Relatório):</p>
--	--

Ao que se verifica, Excelência, ambos os processos são relativos aos mesmos fatos, dizem respeito as mesmas obras e as mesmas supostas infrações.

No Brasil, a vedação ao bis in idem tende a ser vista, majoritariamente, como princípio geral do direito, conforme doutrina de Fábio Medina Osório e Daniel Ferreira.

Consoante ressaltou Medina ¹, esse princípio "está constitucionalmente conectado às garantias da legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88".

Nesse particular, Medina (2010, p. 271) pontua que se trata "de um problema de legalidade e, mais especialmente, de definir a aplicabilidade de uma norma em detrimento de outra, de uma punição que, uma vez incidente, afasta outra possível sanção".

Quanto ao conteúdo do princípio do 'non bis in idem', Medina (2010, p. 274) postulou, basicamente, que "ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes por um mesmo fato".

Na mesma linha, Mello (2007, p. 210)² aponta que tal princípio "impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira [sanção]". Não é possível, portanto, a imposição de nova sanção pelo mesmo fato.

¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

² MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

Mello (2007, p. 211) registra, ainda, que a sanção "prevista na lei pressupõe uma única aplicação para cada conduta delituosa, não diversas".

No mesmo sentido, Nucci (2008, p. 84)³ pontua que a garantia do *non bis in idem* significa que "ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal", ainda que surjam novas provas.

O Supremo Tribunal Federal deixou claro na Súmula 19⁴ que não se admite segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira. Salienta que existe jurisprudência do TCU que exclui a duplicidade da penalidade sobre o gestor pela mesma infração

No caso, é patente que se tratam dos mesmos fatos, restando caracterizada a litispendência administrativa e, ante a impossibilidade do *bis in idem*, deve o feito se extinto, o que desde já se requer.

II – PRELIMINARMENTE – 2. DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Conforme o entendimento majoritário, a pretensão punitiva prescreve no prazo de cinco anos.

A propósito, o posicionamento recente adotado por esta Egrégia Corte de Contas aduz neste sentido:

“EMENTA: CONTRATO. TERMO DE APOSTILAMENTO. REAJUSTAMENTO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. ASSINATURA DOS APOSTILAMENTOS FORA DO PRAZO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL. ERRO FORMAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ILEGALIDADE.

(omissis)

Considerando o posicionamento majoritário no sentido de que a pretensão punitiva prescreve no prazo de cinco anos.

(...)

RESOLVEM, os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, reunidos em Sessão Ordinária do Pleno, diante das razões expostas pelo Relator em:

8.1 reconhecer de ofício a prescrição quinquenal quanto a pretensão de se aplicar eventual multa aos responsáveis;

8.2 considerar formalmente ilegais os Termos de Apostilamentos decorrentes da correção monetária e dos reajustamentos da 19^a, 23^a, 26^a e 27^a medições do Contrato nº 313/1996, que foi firmado entre a Secretaria de Estado de Obras, contratante, a Universidade do Tocantins, interveniente, e a Construtora

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

⁴ É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.

Andrade e Gutierrez S/A, contratada, para execução dos serviços e obras de terraplanagem, pavimentação, drenagem, urbanização, construção dos prédios e demais obras civis e seus respectivos detalhes executivos para implantação do Campus da Universidade do Tocantins (UNITINS) em Palmas-TO."(RESOLUÇÃO Nº 283/2015 – TCE/TO – PLENO, Boletim Oficial do TCE/TO nº1389, 06/05/2015)(grifo nosso)

Ressalta-se que o processo, convertido em Tomada de Contas, refere-se a contrato firmado e executado nos anos de 2007 e 2008, ou seja, 10 anos atrás, sendo julgado pela conversão em fevereiro/2018.

Ou seja, houve o decurso de mais de 10 (dez) anos para o ser julgado pela conversão em Tomada de Contas.

Indubitável, Excelência, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, o que desde já se requer.

III – RESPOSTAS PONTUAIS

CONTRATO-241/2007 - GOIATINS

Item 3.1.2 – Contrato assinado e obra iniciada sem apresentação de garantia contratual por parte da empresa vencedora da licitação

Deixa-se de repisar a matéria haja vista o acolhimento da defesa neste tópico (autos 6808).

A justificativa atende ao apontamento, pois a atribuição de recolher a garantia é do Departamento Financeiro ou da Tesouraria do órgão e também ao(s) gestor(res) do(s) órgão(s) envolvido(s) no momento da assinatura do contrato.

3.1.3 - Serviços medidos com valores que ultrapassaram aos previstos em contrato, sem a formalização prévia de termo aditivo

Inicialmente há de se ponderar que o manifestante não era responsável pela medição ou pela elaboração de aditivo, já que exercia o cargo de Diretor de Orçamento. Ou seja, a medição vinha assinada pelos técnicos do setor de fiscalização.

Sabe-se, entretanto, que a irregularidade foi sanada com a formalização do termo aditivo, mesmo que tardiamente.

Conforme consta nos autos, em 23 de novembro de 2010 fora realizada o Termo Aditivo de acréscimos e supressão de itens.

Assim, além de não haver prejuízo ao erário, ao contrário, já que não houve paralisação da obra para a adequação de planilha, requer a consideração da correção da irregularidade com a edição do Termo Aditivo.

3.1.4 - Superfaturamento devido a projeto básico deficiente e inobservação aos ditames legais

O Relatório de Auditoria informou "que houve superfaturamento devido a erro de planilha orçamentária, tendo isso ocorrido porque foram medidos itens que deveriam ser providenciados na fase anterior da elaboração do projeto básico, isso antes do início do processo licitatório, visto que, não se inicia uma obra, a ser realizada em etapa única, pelo menos em tese, sem a realização da investigação do solo (serviço de sondagem) e sem o devido projeto de fundações."

O Relatório de Auditoria informa em fls. que: "**Portanto, devido a uma deficiência de projeto básico** acrescidos a falta de observação aos princípios da legalidade na fase de execução contratual, foram medidos de maneira irregular, no Exercício 2008, o montante de R\$ 4.584,59."

Ora, o próprio Relatório de Auditoria admite que a suposta irregularidade decorre de uma deficiência do projeto básico.

Neste sentido, cumpre instar que a obra em questão, Construção da escola padrão tipo "C" quatro salas, tem em seu projeto estrutural as funções sapatas (fl. 82) e por tratar-se de um Projeto Padrão, sem local definido, a planilha Padrão adotada para a obra apresenta nos itens: 01.01.0008 (mobilização de equipamento sondagem); 01.01.009 (sondagem a percussão) e 01.01.010 (projeto de fundação, para eventual alteração no sistema ou redimensionamento destas quando verificada a necessidade pelo fiscal de obras).

CONTRATO-181/2007 – TOCANTINÓPOLIS

3.2.1 – Falta de ART de orçamento

Com relação à falta de ART de orçamento, no período que o manifestante esteve a frente da Diretoria de Orçamento, este documento não fazia parte das peças que compunham o edital de licitação e nunca foi cobrado pelo controle interno da secretaria.

Vale ressaltar que o próprio Tribunal de Contas da União só passou a cobrar a ART de orçamento a partir do Decreto 7983/2013.

Assim, entendemos que a falta desta ART em nada prejudicou o processo licitatório.

3.2.2 - Superfaturamento devido a projeto básico deficiente e inobservação aos ditames legais

Na análise dos autos (Anexos IV e V), verificou-se que foi estimada uma quantidade de 30 viagens para o item transporte rodoviário 700 km, no valor unitário de R\$ 1.666,98 e valor total de R\$ 50.009,40.

A distância entre Palmas e Tocantinópolis é de apenas 530 km, portanto, o item escolhido não foi o adequado, caracterizando uma falha do projeto básico. Além do mais, num raio de até 150 km, existem cidades, além da própria Tocantinópolis, que dispõem de lojas de materiais para construção, materiais elétricos, ferragens, serviços de serralheria.

Inicialmente, quanto a existência de cidades no raio de 150Km e a quantidade de viagens, deixa-se de repisar a matéria haja vista o acolhimento das defesas nestes tópicos.

Considero que as justificativas apresentadas atendem parcialmente ao apontamento. Em relação ao número de viagens a justificativa esclarece o apontamento, mas em relação à distância de 700 km para essas viagens, considero como não justificado, haja vista que quando o frete é cobrado, já são consideradas as despesas de retorno no cálculo do valor do mesmo. Nesse caso, estipularemos, por regra de três, o valor da viagem para 530 km que é a distância entre Palmas e Tocantinópolis. Então temos:

700 km ----- R\$ 1.666,98
530 km ----- x

Logo $x = R\$ 1.262,14$ (um mil e duzentos e sessenta e dois reais e quatorze centavos)

O valor estimado da viagem para os 530 km é de R\$ 1.262,14 e como temos 22 viagens no exercício, então o valor total é de R\$ 27.767,08 ($22 \times 1.262,14$) e fazendo a diferença do total das viagens para 700 km com o total das viagens para 530 km, temos R\$ 8.906,48 (oito mil e novecentos e seis reais e quarenta e oito centavos), como sendo o valor do dano ao erário a ser considerado.

Assim, resta como irregularidade a suposta diferença de quilometragem, de 700km para 530km = 170km.

Ocorre que a diferença de transporte não pode ser verificada por mera regra de três.

Conforme documentação em anexo, apesar de contar no projeto (Projeto Padrão) que a distância seria de 700km, tendo sido copiada a planilha da proposta apresentada, o **VALOR** indicado pela empresa corresponde ao da distância real entre a Capital e Tocantinópolis.

Ou seja, o cálculo efetuado pelos técnicos não corresponde ao valor real relativo à distância.

3.2.3 - Antecipação de medição de serviços antes de sua real execução

Além de se renovar os argumentos anteriormente expendidos, quanto às ausências de medição antecipada e de prejuízo, já que a medição efetuada em dezembro/2008 só foi liquidada em fevereiro/2009, é necessário que se pondere os seguintes argumentos:

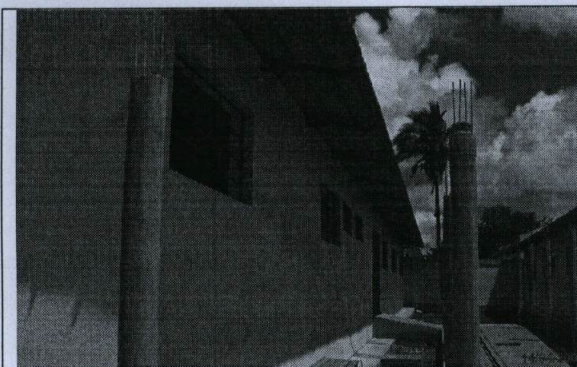
1. A auditoria foi realizada em agosto de 2014 e em análise a justificativa já apresentada anteriormente, as execuções físicas e financeiras estão equilibradas e os serviços citados pela auditoria estão executados, como pode ser constatado in loco, com nova inspeção que desde já se requer, e em relatórios fotográficos abaixo discriminados;



Bloco IV – Cobertura metálica executada



Passarela – Cobertura metálica executada



Bloco Administrativo – Cobertura metálica executada



Bloco das Salas de Aula – Cobertura metálica executada



X

3.2.4 Medição de serviços sem demonstração de que tenham sido executados

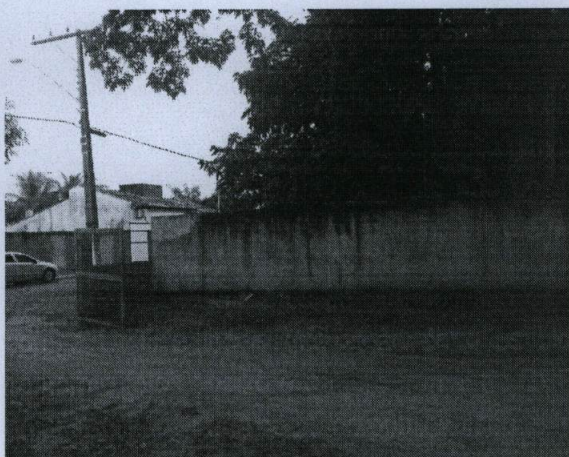
Análise da justificativa:

Considero que a justificativa não atende ao apontamento, pois a notificação da empresa contratada foi emitida em 26/02/2015, muito tempo após a medição e, além do mais, os serviços de construção do muro foram executados pela Prefeitura de Tocantinópolis como demonstrado no Relatório de Auditoria.

Em momento nenhum a fiscalização informou que o muro indicado pela auditoria foi executado pela empresa contratada.

Quanto à notificação emitida em 26/02/2015, foi cobrando da empresa serviços que estavam executados parcialmente, exigimos a conclusão, uma vez que o contrato não está extinto e sim paralisado. O contrato não possui prazo de vigência e sim prazo de execução conforme clausula quarta – alteração, prazo e prorrogação.

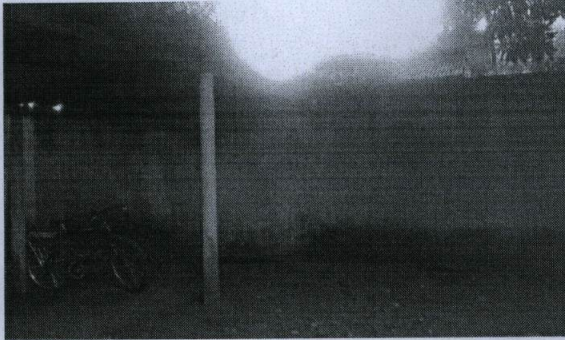
Os muros construídos são os que estão no lado esquerdo, atrás da garagem com a UFT, e locais que estão entre os blocos, estes muros foram executados em 2011 conforme fotos abaixo e o muro frontal da DRE executado após a notificação, informamos que há ausência de dano ao erário público. (segue fotos abaixo).



VISTA DO MURO COM DIVISA DA UFT



VISTA DO MURO COM DIVISA DA UFT



VISTA DO MURO COM DIVISA DA UFT, ATRÁS DA GRAGEM.



VISTA DO MURO COM DIVISA DA UFT.



VISTA DO MURO FRONTAL CONCLUÍDO



VISTA DO MURO FRONTAL CONCLUÍDO



VISTA DO PORTÃO DO PATIO

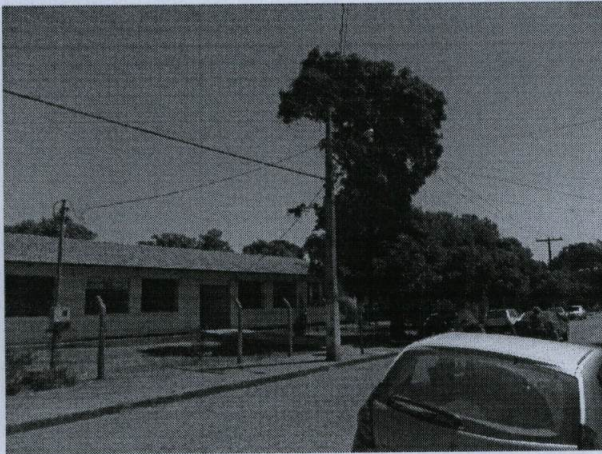


VISTA DO PORTÃO PRINCIPAL

[Handwritten signature]



VISTA DO MURO LATERAL



ANTES

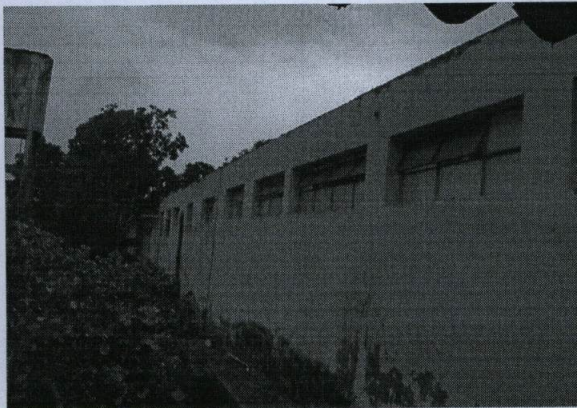
Excelência, apenas para constar, é importante que se mostre como era o prédio no início das obras:



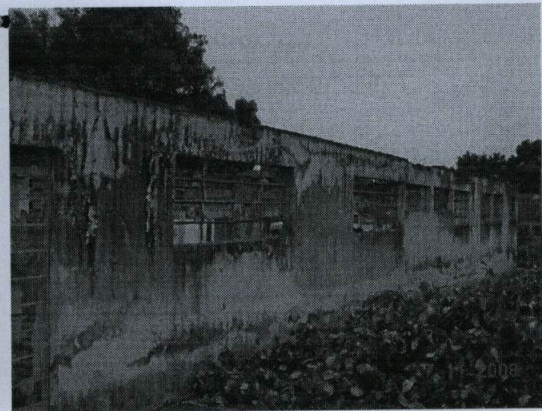
Vista Bloco V



Vista Bloco V



Vista Lateral do Bloco III



Vista Lateral do Bloco IV



Vista Lateral do Bloco IV



Vista Geral dos Blocos

IV – DA AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS

Conforme se sabe, a punição ou a pena deve guardar estreita correspondência com o grau de censura da conduta do agente, o que exige uma apuração detalhada e com grande grau de confiabilidade.

A importância da individualização da conduta fica devidamente demonstrada no Acórdão 247/2002 – Plenário do TCU, conforme trecho do voto do Ministro Benjamin Zymler abaixo transcrito:

"5. Examino, então, a alegada contradição levantada pelo ora embargante. A responsabilidade do administrador público é individual. O gestor da coisa pública tem um campo delimitado por lei para agir. Dentro deste limite, sua ação ou omissão deve ser examinada para fins de individualização de sua conduta.

6. A simples existência de um fato apontado como irregular não é suficiente para punir o gestor. Impõe-se examinar os autores do fato, a conduta do agente, o nexo de causalidade entre a conduta e a irregularidade e a culpabilidade. Assim, verificada a existência da prática de um ato ilegal, deve o órgão fiscalizador identificar os autores da conduta, indicando sua responsabilidade individual e a culpa de cada um.

7. Dessa forma, constatada a existência de ato administrativo eivado de vício, pode ocorrer que nem todos os responsáveis sejam punidos, pois para que a sanção ocorra é necessário o exame individual da conduta e a culpabilidade dos agentes, que pode estar presente em relação a um e ausente em relação a outros. Pode incidir, ainda, alguma causa de exclusão da ilicitude da conduta ou da culpabilidade do agente.

8. Assim, não é impossível a situação em que, pelo mesmo fato, um servidor seja punido e outro não. Resta examinar se, no caso concreto, houve contradição na individualização da responsabilidade dos agentes envolvidos nas irregularidades acima descritas."

A título de exemplo, verifica-se que foi incluído no feito o Sr. OSCAR DE SOUZA SÁ, que assinou uma única medição em substituição a servidor que estava de férias (docs. em anexo).

Assim, é imprescindível a individualização da conduta, haja vista que os Manifestantes não são responsáveis pelas irregularidades acima indicadas.

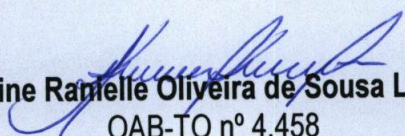
III - DO PEDIDO

Isto posto, requer sejam acolhidas as preliminares argüidas e arquivado o feito, ou, assim não entendendo, considerando que restou demonstrado que não houve grave irregularidade ou prejuízo ao erário, decorrentes da ação ou omissão dos manifestantes, requer que sejam acolhidas as justificativas apresentadas e, de conseqüência, desconsideradas as inconsistências apontadas no Relatório de Análise de Auditoria nº 021/2014.

Nesses termos,

Pede Deferimento.

Palmas, 16 de maio de 2018.


Aline Ranielle Oliveira de Sousa Lima
OAB-TO nº 4.458



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

A(s) assinatura(s) abaixo garante(m) a autenticidade/validade deste documento.

EDIMILSON LACERDA LOPES

Cargo: COORDENADOR(A) - Matrícula: 236373

Código de Autenticação: 3e7a45b7c0426682ac8bbae5151e1c09 - 17/05/2018 16:21:42