



RALSONATO GONÇALVES SANTANA
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO DA 2ª RELATÓRIA DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS.**

Processo: 4973/2020

Resolução: 747/2021 – Pleno

Tomada de Contas Especial por Conversão

POSTO AUGUSTINÓPOLIS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 01.784.198/0001-04, com sede na Avenida Goiás, nº 353, Centro, na cidade de Augustinópolis/TO, representada pelo Sr. ARMANDO CAYRES DE ALMEIDA, brasileiro, casado, empresário, portador do RG nº 930.131 SSP-GO e CPF nº 232.445.931-00, residente na cidade de Augustinópolis/TO, representado por seu procurador que esta sobrescreve, com instrumento procuratório em anexo, vem, à presença de Vossa Excelência, com súpero acatamento, apresentar

DEFESA PRÉVIA

Em face do Relatório Técnico nº 02/2020, com observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, nas disposições do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, e nos termos que seguem, mediante as razões de fato e de direito a seguir expostas.



RALSONATO GONÇALVES SANTANA
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

I- DOS FATOS

Trata-se de Representação formulada pela Segunda Diretoria de Controle Externo deste Tribunal, diante da constatação de indícios de irregularidade concernente aos pagamentos de combustíveis e lubrificantes pelo município de Praia Norte/TO os quais estariam acima do valor adjudicado no Pregão Presencial nº 028/2017, nos exercícios de 2018 e 2019, sob a gestão do então Prefeito Municipal, Sr. Ho-Che-Mim Silva de Araújo.

Os fatos apresentados nos autos chegaram ao conhecimento da Corte através de denúncia anônima registrada pelo sistema da Ouvidoria do TCE/TO sob o nº 196.121.530.020 e, atendendo à solicitação da equipe técnica, a Relatoria solicitou ao gestor Ho-Che-Mim Silva de Araújo que apresentasse defesa acerca dos fatos denunciados e a documentação complementar.

Contudo, em nova análise a Segunda Diretoria de Controle Externo, no Parecer Técnico nº 01/2020 (evento 1), apontou irregularidades nos pagamentos de notas fiscais as quais estariam acima do valor adjudicado no Pregão Presencial nº 028/2017, bem como apontou possíveis danos ao erário, razão pela qual sugeriu o conhecimento e recebimento deste como representação e que fosse, via de consequência, realizada citação do gestor para apresentar defesa.

Nos termos do Despacho nº 307/2020 (evento 2) foi determinada a autuação dos autos como Representação e a remessa à 2ª Diretoria de Controle Externo para que fosse realizado o levantamento total das notas fiscais faturadas acima do valor adjudicado no Pregão Presencial nº 028/2017, bem como a citação do Prefeito Sr. Ho-Che-Mim Silva de Araújo, para apresentar defesa e documentos comprobatórios de suas alegações acerca das irregularidades descritas no Relatório Técnico nº 01/2020. Porém, após devidamente citado o Prefeito Municipal, Sr. Ho-Che-Mim Silva de Araújo, não compareceu aos autos no prazo estabelecido, razão pela qual foi considerado revel.

Posteriormente, foi determinado à Coordenadoria do Cartório de Contas – COCAR que promova a CITAÇÃO/INTIMAÇÃO da empresa Posto Augustinópolis LTDA – CNPJ nº 01.784.198/0001-04, na qualidade de responsável solidária, para que, no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias úteis, a contar do recebimento da citação/intimação, apresente defesa, acompanhada de documentação comprobatória das alegações, e/ou recolha ao cofre municipal a quantia de R\$ 45.907,85, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, nos termos da legislação vigente, tendo em vista sua conduta irregular, consubstanciada na cobrança e recebimento de valores superior ao pactuado com a Administração Pública, por meio do Pregão Presencial nº 028/2017, concernente ao fornecimento de combustível, conforme descrito no Parecer Técnico nº 01/2020 (evento 1) e Relatório Técnico nº 02/2020 (evento 5). Em breve síntese, estes são os fatos.



RALSONATO GONÇALVES SANTANA
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

II – DA JUSTIFICATIVA

Excelentíssimo Conselheiro!

Em que pese o notório conhecimento técnico dos ilustres auditores do controle externo desta 2ª Relatoria, não podemos deixar de recorrer, principalmente quando se tem a convicção de ter realizado um acordo contratual legítimo, consubstanciado de legalidade em todos os seus termos, conforme arcabouço documentação já acostados aos autos e, principalmente, recheado de boa fé, compromisso e responsabilidade por parte da empresa recorrente.

Desta forma, a fim de balizar a justificativa ora apresentada, passar-se-á a apresentá-la na sequência dos apontamentos constantes da citação encaminhada por meio da Coordenadoria do Cartório de Contas – COCAR, deste respeitável Tribunal, senão vejamos.

A recorrente foi citada na qualidade de responsável solidária, tendo em vista sua conduta irregular, consubstanciada na cobrança e recebimento de valores superior ao pactuado com a Administração Pública, por meio do Pregão Presencial nº 028/2017, concernente ao fornecimento de combustível, conforme descrito no Parecer Técnico nº 01/2020 (evento 1) e Relatório Técnico nº 02/2020 (evento 5).

Inicialmente cabe registrar que a conduta da recorrente não foi, em nenhum momento, de forma irregular, pois como empresa sólida, procurou participar e venceu o certame licitatório do qual foram gerados os contratos de fornecimento de combustíveis e seus derivados, conforme documentação já acostada nos autos pelos respeitáveis auditores.

As peças contratuais firmadas com a Prefeitura Municipal de Praia Norte/TO e Fundo Municipal de Saúde de Praia Norte/TO, foram realizados em data de 10 de Janeiro de 2018, bem como a emissão de suas respectivas ordens de serviços.

Segundo a denúncia, *“O município de Praia Norte teve seus certames licitatórios cancelado no início do ano de 2019. E contrataram empresa fornecedoras sem licitações. A exemplo disso o posto Augustinópolis forneceu petróleo, para o município de Praia Norte, sem licitação no mês de março e abril deste ano de 2019”*.

Senhores, em 04 de Dezembro de 2018, esta recorrente recebeu dois ofícios, um da Prefeitura e outro do Fundo Municipal de Saúde de Praia Norte/TO, os quais solicitaram manifestação sobre interesse em aditivar por dois meses (Janeiro e Fevereiro/2019) a prestação de serviços no fornecimento dos combustíveis e seus derivados, objeto da contratação em comento, os quais foram devidamente respondidos no sentido de aceitar a proposta de aditamento contratual, haja vista ser, no entendimento da recorrente, um procedimento normal e legal, pois se imagina que os dois meses iniciais seriam para planejamento e preparativos dos novos certames para o ano vindouro.



RALSONATO GONÇALVES SANTANA
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

Segundo consta do Relatório deste Egrégio Tribunal de Contas e, pautado nos ensinamentos do TCU e Lei de Licitações as despesas com aquisição de combustível, realizadas após 31/12/2018 não se revestem de caráter legal. Assimilando, como parcialmente procedente a denúncia nesse aspecto, bem como irregular o dispêndio no montante de R\$158.677,05 (cento e cinquenta e oito mil, seiscentos e setenta e sete reais e cinco centavos) com combustível, denunciado e demais valores desembolsados no exercício de 2019.

Excelência, não cabe a recorrente discutir a forma legal da contratação já no exercício de 2019, pois os aditivos, por parte da empresa POSTO AUGUSTINPOLIS LTDA, foi realizado de boa fé, acreditando no corpo técnico da contratante que os trâmites se encontravam na forma da lei que rege as contratações públicas.

Ademais, nos autos não constam, e certamente não constarão nenhuma prova de qualquer feito da recorrente na intenção de praticar ato lesivo ao erário público. Pelo contrário, houve atendimento em qualquer situação, inclusive sem recebimento referente ao pagamento dos produtos fornecidos, principalmente dos veículos da frota do Fundo Municipal de Saúde que nunca ficaram sem abastecer, pois esta recorrente sabe da importância que tem uma ambulância no atendimento de seus usuários.

Não ficou consubstanciado nos autos a má-fé ou desonestidade no aditamento por parte da recorrente, nem tão pouco houve vantagem auferida ou dano ao erário público, pois os valores ora recebidos e posteriormente cobrados são resultantes de produtos devidamente fornecidos, dentre eles, combustíveis, filtros e lubrificantes, os quais foram solicitados para atender a frota da Prefeitura e Fundo de Saúde de Praia Norte.

Nobre Relator, após findar-se o prazo dos aditivos ficou valores a serem pagos e, para que fossem recebidos, necessários se fez acionar a justiça, pois os atrasos eram constantes e os valores dos combustíveis como é de conhecimento público, tinham seus reajustes de preços e, sem receber em dia, dentro do pactuado, os valores ficavam inviáveis para o cumprimento do contrato. Durante todo esse contexto, os abastecimentos, em especial dos veículos de uso da saúde, não ficaram sem atendimento devido a sua grande importância no atendimento da população.

Ao tratarmos de processo sancionador no âmbito da Administração Pública não podemos deixar de apreciar o que dispõe a Lei 9.784/1999 que:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;



Ou seja, está claro que nenhum dano ou risco ao interesse público ficou evidenciado, pelo contrário, houve benefícios, pois o fornecimento dos combustíveis não foi suspenso, mesmo em razão do não pagamento por parte da contratante e seus órgãos vinculados; não ficou evidenciado qualquer benefício ou lucro que exorbitasse a legítima expectativa de sua ação, pois até o presente momento, o contratante, nem mediamente termo de acordo extrajudicial cumpriu com suas obrigações integrais de pagar.

Porém, não podemos ficar sem perguntar ao nobre Relator, qual a viabilidade de pagamento de uma sanção, ocasionada por valores, que após auditoria contataram que foram cobrados acima dos valores contratados, valores estes que não foram recebidos até a presente data?

Não há Excelentíssimo, qualquer evidencia de má fé do recorrente, por esse motivos exigimos uma avaliação razoável, pois é isto que é ensinado na doutrina de Maria Silvia Zanella Di Pietro:

“Mesmo quando o ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, **se houve um mínimo de má fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto,**” (in Direito Administrativo, 12ª ed., p. 675).

Nesse contexto a sanção deve estar atrelada a circunstancias do ato, com observância ao principio da proporcionalidade, são esses os ensinamentos de Menezes Niebuhr:

“O princípio da proporcionalidade aplica-se sobre todo o Direito Administrativo e, com bastante ênfase, em relação as sanções administrativas. (...) Ao fixar a penalidade, a Administração deve analisar os antecedentes, os prejuízos causados, a boa ou má-fé, os meios utilizados, etc. Se a pessoa sujeita à penalidade sempre se comportou adequadamente, nunca cometeu qualquer falta, a penalidade já não deve ser a mais grave. A penalidade mais grave, nesse caso, é sintoma de violação ao princípio da proporcionalidade”. (Licitação Pública e Contratos Administrativos. Ed. Fórum: 2011, p. 992).

Em acordo com esse entendimento é que Eduardo Arruda Alvim vem esboçar a relevância da conjuntura entre razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos, em especial nos que refletem penalidades:

“Na fixação da pena (que se dará mediante processo administrativo, para o qual a Constituição Federal assegura o contraditório e ampla defesa, sob pena de nulidade do processo respectivo – Art. 5º, LV) de multa, assim, tomar-se por base três verdadeiros conceitos vagos (gravidade da infração, vantagem auferida, e condição econômica do fornecedor), que se inter-relacionam, e devem ser preenchidos diante do caso concreto, pela autoridade competente, que poderá ser federal, estadual, do Distrito Federal, ou municipal, conforme a infração especifica e seu âmbito (parágrafo primeiro do art. 55 deste código)”. (in Código do Consumidor



RALSONATO GONÇALVES SANTANA
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

Comentado, 2ª ed., Biblioteca do Direito do Consumidor, Editora RT, p. 274:).

Todavia, demonstrada a boa fé do autor, a ausência de dano, bem como o seu histórico sem condutas de má fé ou que represente uma conduta dolosa, não há o que se cogitar uma penalidade tão gravosa, devendo existir a ponderação dos princípios aplicáveis ao processo administrativo.

Imperioso se faz registrar que se trata de uma irregularidade formal que é passível de nulidade somente quando lesivo ao erário público, pois *são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de : (...) b) vício de forma (art. 2º da Lei 4.717/65)* .

As referencias dos autos de dando ao erário público não prosperam, pois não há dano quando não há pagamento pelos serviços prestados, ou seja, não foram pagos os produtos ora recebidos. A única evidência concreta é que o serviço foi prestado, o que justifica o seu pagamento.

O princípio da legalidade constitui elemento estrutural do Estado de Direito, o qual postula em mesma posição a observância dos princípios da segurança jurídica, da boa fé e da presunção de legitimidade dos atos públicos. Portanto, necessário se faz considerar todos os elementos formadores do ato administrativo.

Nessa esteira é que argumentamos e reiteramos que os valores apontados como pagamentos referentes ao fornecimento de combustíveis nos meses de março a abril de 2019, na realidade nunca foram recebidos, motivo pelo o qual o representante da recorrente acordou, via procurador jurídico do então prefeito de Praia Norte/TO, um TERMO DE ACORDO – AUTOS 003399-67.2019.827.2710 (em anexo), com natureza de cobrança, o qual foi assinado pelos representantes jurídicos das partes - Prefeito Municipal ora contratante, e o Sr. ARMANDO CAYRES DE ALMEIDA, empresário, ora contratado.

Naquela ocasião o referido Termo de Acordo não fora homologado pelo Juiz da Comarca a que pertencem as partes, ficando os débitos em aberto até a presente data.

Em 14 de junho de 2021, Excelentíssimo Dr. Juiz de Direito LUATOM BEZERRA ADELINO DE LIMA, concedeu Sentença favorável, homologando o referido acordo, o qual determinou a expedição dos alvarás na forma acordada, com a publicação da competente Certidão de Transito em Julgado sem recurso ou apelação, datada de 05 de agosto de 2021. (documentos anexos).

Portanto, com a decisão proferida fica demonstrado o cristalino direito da recorrente, bem como também a sua boa-fé no contexto dos atos praticados, os quais foram exercidos não com o intuito de enriquecimento ilícito, mas sim na condição de prestador de serviços e com responsabilidade, histórico de boa índole e comprometido com o Estado de Direito.



RALSONATO GONÇALVES SANTANA
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

IV – DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi explanado, há de ser sobrelevado o caráter pedagógico, trazendo-se sempre um alerta para o gestor acerca do modus operandi mais correto. Em sentido semelhante, o TCU exarou que “(...) em sua totalidade, tais representações têm sido conhecidas, julgadas procedentes e as prefeituras municipais sido alvos de determinação específica no sentido de darem cumprimento ao dispositivo legal. É sabido, portanto, em relação à matéria, que esta Corte tem optado por uma postura de fundo pedagógico, evitando a imputação de multa ao gestor.” (Acórdão 2472/2007 – Plenário, Ministro Relator Guilherme Palmeira).

Nesse sentido, esperamos o mesmo tratamento, pois como já reiterado, a conduta da recorrente não apresenta dolo, enriquecimento ilícito, má fé, ou qualquer outra posição para macular o Estado de Direito.

Ainda, vale mencionar que os achados negativos não causaram dano ao Erário, o que reforça, inclusive, a ideia de não se aplicar qualquer espécie de multa. Destarte, há de se enveredar, então, para o caminho pedagógico, deixando-se de aplicar multa, máxime em razão da ausência de dano ao Erário.

Diante de tudo o exposto, o Defendente aguarda a recomendação final dessa Corte de Contas e Protesta, por derradeiro, provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Augustinópolis/TO, 22 de setembro de 2021.

Ralsonato Gonçalves Santana

OAB/TO Nº 10.395