

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

**Processo nº 3412/2004**

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - TO 3D1D3770A6E7A9F  
Protocolo: 04848/2013 Data: 13/06/2013 17:49:00  
Origem: SECRETARIA DA INFRAESTRUTURA  
UF: TO CNPJ: 01.786.011/0001-01

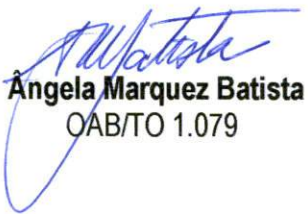
**Processo Eletrônico  
e-Contas**

**JOSÉ EDMAR BRITO MIRANDA**, ex-Secretário da Infraestrutura e **SÉRGIO LEÃO**, ex-Subsecretário de Infraestrutura, vêm 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 255/2013- TCE/TO – 1ª Câmara, que julgou irregular a presente Tomada de Contas Especial por Conversão (Resolução 237/2011), imputou débito e aplicou multa aos Recorrentes, considerando haver ato de gestão antieconômica injustificada e dano ao erário, em razão do pagamento do reajustamento da 2ª medição, relativo ao Contrato nº 165/1998.

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

Pede deferimento.

Palmas, 13 de junho de 2013.

  
**Angela Marquez Batista**  
OAB/TO 1.079

**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 3412/2004, acompanhando o Voto do Conselheiro Relator, julgou irregular as contas objeto da Tomada de Contas Especial relativas ao reajustamento da 2ª medição do contrato nº 165/1998, imputou débito no montante de R\$ 3.636,14 e multa de 10% do valor atualizado do suposto dano.

Segundo consta do voto e do acórdão em debate, as paralisações da obra sem qualquer motivação técnica deu causa ao reajustamento, e que tal ato gerou dano ao erário.

Inconformados os Recorrentes, 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.

O acórdão vergastado foi publicado no Boletim Oficial do TCE/TO nº 944, com circulação no dia 29 de maio de 2013, sendo, portanto, a medida tempestiva, posto está dentro do prazo estabelecido no artigo 234 do Diploma Legal, que é de 15 dias contados da publicação da decisão recorrida.

A Resolução do TCE dispõe que o Boletim Oficial será considerado publicado no primeiro dia útil seguinte ao da sua circulação, no caso, 29/05/2013 (quarta-feira), iniciando a contagem no dia 30/05/2013 e encerrando-se em 13/06/2013.



## DAS RAZÕES RECURSAIS

### PRELIMINARMENTE – DA PERDA DE OPORTUNIDADE

Trata-se de contrato firmado em março de 1998, com paralisação ocorrida no ano de 1998 e o apostilamento datado de 2004.

O artigo 101 do Regimento Interno do TCE dispõe que:

**Art. 101** - Julgada a prestação de contas anual, restará prejudicada a análise formal de contratos, sem prejuízo, quando for o caso, do reexame das respectivas contas para apreciação de fato novo relativo a dano causado ao patrimônio público.

No caso em apreço, todo o julgamento leva em consideração que a paralisação ocorrida na obra é que gerou o prejuízo, sendo que esta ocorreu no ano de 1998.

Consta dos arquivos desta Corte de Contas que já houve a aprovação das contas do período acima indicado, havendo, portanto, a perda de oportunidade para imputar débito e multa.

No mesmo sentido o parecer ministerial de fls. 158/170.

Sua Excelência deixou de apreciar o fato, visando tão-somente à aplicação de penalidades aos Recorrentes, quando é de seu conhecimento a impossibilidade do feito.

Assim, ainda que não tivesse sido alegado pelos Recorrentes anteriormente, é imprescindível que o TCE/TO reconheça a perda de oportunidade e archive o feito, ou, assim não entendendo, deverá chamar ao feito a empresa contratada, haja vista que a mesma só foi excluída por, supostamente, não ter dado causa às paralisações.

### DO MÉRITO

Conforme se vê dos autos, a contratação original ocorreu em **junho de 1998**.



Assim, antes de adentrar no mérito propriamente dito, tem-se que ressaltar que quando da realização da licitação, bem como do contrato, não estava em vigência a Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, naquela ocasião era possível que se licitasse sem que houvesse recursos financeiros.

A ordem de serviço foi dada em **29/06/1998 (fl. 13)**, com paralisação em **03/08/1998 (fl. 15)**, tendo como Secretário, na época, o Sr. José Francisco dos Santos.

Dada a ordem de reinício em 13/11/2000 (fl. 22) já por um dos Recorrentes, Brito Miranda.

Daí que, após a primeira paralisação da obra, junho/1998 até novembro/2000, já é devido o reajustamento à empresa.

Ou seja, mesmo que a obra tivesse tido **sequência ininterrupta a partir da ordem de reinício (13/11/2000)**, ainda assim a empresa faria jus ao reajustamento, **haja vista que a data base do contrato era FEVEREIRO/1998**.

**É de fácil conclusão que se o Sr. Ataíde foi excluído da lide, ilegitimidade passiva, por só ter subscrito a ordem de reinício, o mesmo deve ocorrer em relação aos Recorrentes, haja vista que estes não deram causa ao reajuste, tão somente o reconheceram, sendo incontroverso que a empresa fazia jus ao mesmo (esta sequer participa do feito).**

De toda sorte, apesar de não conter justificativa na paralisação, esta se deu por insuficiência financeira, nos termos da lei, ficando resguardado o interesse público.

Esclarece-se, ainda, que somente é necessária a justa causa para paralisação da obra quando esta decorrer de solicitação efetuada pela Contratada, sendo condicionada somente a comunicação à Administração, conforme se vê do art. 78, V da Lei 8.666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

V – a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; (...)



Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª Edição, p. 837, leciona sobre o assunto:

"A Administração pode opor-se à paralisação, por reputar que a justa causa não é aceitável? Exige-se prévia autorização ou basta a comunicação à Administração? Basta a simples comunicação. Porém, cabe à Administração examinar a justificativa apresentada. Diante da plausibilidade dos motivos, a Administração pode exigir melhores e mais profundas justificativas. O conceito de "justa causa" não tem configuração subjetiva. Deve reconhecer-se de modo objetivo a existência de uma justa causa."

Neste sentido entende o STJ, vejamos:

"Administrativo – Contrato Administrativo para Execução de Obra – **Paralisação Temporária por Interesse da Administração** – Previsão Contratual – arts. 65 e 78 da Lei 8.666/93 – Ressarcimento dos Prejuízos – Violação do art. 535 do CPC: Inexistência.

(...)

2. Persiste o dever de indenizar os prejuízos causados em decorrência de interrupção temporária de obra pública, por iniciativa da Administração.

3. **Embora legítima a interrupção contratual**, impõe-se o dever de indenizar os prejuízos suportados pelo particular em decorrência da paralisação, para resguardar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4. Recursos especial provido em parte."

(REsp nº 734.696/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 7.04.2009).

Conforme demonstrado acima, inexistente qualquer violação legal, e, ainda, nos autos **não há** indicação de prejuízos ao erário.

Ainda que se quisesse aplicar ao caso o art. 8º da Lei 8.666/93, o "retardamento" ali previsto só é proibido se não for comprovado motivo de ordem técnica e/ou insuficiência financeira, o que não ocorreu no caso.

Assim, a permanecer o entendimento deste Egrégio Tribunal quanto à ilegalidade do reajustamento em virtude da paralisação, ou que a execução do objeto deveria ocorrer no tempo que determinou, haverá violação ao mérito administrativo do ato, haja vista que não há descumprimento de legislação.

Utilizando, novamente, os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, temos:

"O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito". (in Direito Administrativo Brasileiro, 27ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 674)



## DA LEGALIDADE DO APOSTILAMENTO

O apostilamento referente ao reajustamento da 2ª medição do contrato nº 165/1998 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", ocorrendo, daí, período superior a 01 (um) ano para pagamento da medição.

Neste aspecto, temos que o reajustamento contratual de preço da citada medição, oriunda do Contrato Administrativo nº 165/1998, obedeceram às formalidades legais, atenderam 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, 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 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, 1 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.

#### **DA AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO**

Diferentemente do que foi apontando no Acórdão vergastado, a paralisação emitida pelo Recorrente não gerou dano ao erário.

O Parecer emitido pelos técnicos do TCE/TO aponta a utilização de instrumento inadequado, ou seja, mero erro formal na utilização de apostila, jamais dano ao erário.

Conclui-se que não há nos autos prova quanto à possível dano ao erário, o reajustamento ocorreu por imposição contratual, de acordo com índice previamente acertado.

Também inexistente nos autos qualquer cálculo que demonstre que o valor reajustado seja incompatível com o valor de mercado. Tanto que Vossa Excelência sequer cita a empresa contratada.

#### **DA NECESSÁRIA INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA**

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.



Pelo que consta dos autos, é possível se chegar à conclusão de que a conduta tida por irregular, **paralisação da obra**, não pode ser atribuída da forma como indicada no acórdão, haja vista que cada um dos gestores é responsável pelo seu período, sendo que a paralisação, 03/08/1998, é que originou o reajustamento, havendo a necessidade de individualização da conduta, em especial face ao princípio da proporcionalidade.

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.”

Assim, imprescindível a revisão do Acórdão que aplicou genericamente a punição, ou seja, não verificou a conduta de cada um dos agentes, em especial, que a paralisação efetuada pelo Recorrente não deu origem ao reajustamento, haja vista que o contrato haveria de ser reajustado face ao tempo demandado desde a paralisação.

#### 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 255/2013 – TCE - 1ª CÂMARA, e julgar legal a Apostila referente ao reajustamento da 2ª medição, relativo ao Contrato nº 165/1998, excluindo por consequência a imputação de débito e multa;



c) ou, assim não entendendo, que tendo sido demonstrada a ausência de responsabilidade dos recorrentes quanto à paralisação da obra, que sejam estes excluídos da lide, tal como ocorreu com o Sr. Ataíde de Oliveira.

Nesses termos, pede deferimento.

Palmas-TO, 13 de junho de 2013.



**Ângela Marquez Batista**  
OAB/TO 1.079

**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 judicium*, 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

## PROCURAÇÃO AD JUDICIA

**OUTORGANTE:** JOSÉ EDMAR BRITO MIRANDA, brasileiro, casado, advogado, portador do CPF nº 011.030.161-72, RG nº 16.701 SSP/GO, residente e domiciliado na 204 Sul, Alameda 03, lote 06, Condomínio Residencial Galápagos, Apto. 706, em Palmas/TO.

**OUTORGADOS:** **OUTORGADO :** SOLANO DONATO CARNOT DAMACENA, brasileiro, solteiro, advogado, inscrito na OAB/TO nº. 2.433, HERMÓGENES ALVES LIMA SALES, brasileiro, solteiro, inscrito na OAB/TO nº 5.053, ÂNGELA MARQUEZ BATISTA, brasileira, divorciada, advogada, inscrita na OAB/TO nº. 1.079, PEDRO MARTINS AIRES JUNIOR, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/TO nº. 2.389, todos com escritório na 110 Sul, Alameda 05, Lote 16, Palmas/TO- fone (fax) 3215-7943.

**PODERES:** Os da cláusula *ad judicium*, 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 recurso **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), 06 de junho de 2012.

  
**JOSÉ EDMAR BRITO MIRANDA**  
OUTORGANTE



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

A(s) assinatura(s) abaixo garante(m) a autenticidade/válidade do documento 'TA 4848/2013'

EDIMILSON LACERDA LOPES

Código de Autenticação: 3e7a45b7c0426682ac8bbae5151e1c09 - 20/06/2013 15:51:25