

GRUPO II – CLASSE \_\_\_\_ – Plenário

TC 033.962/2012-0 [Apensos: TC 037.712/2011-0, TC 029.481/2013-9, TC 028.987/2014-4, TC 007.169/2013-2, TC 037.132/2012-1]

Natureza: Tomada de Contas Especial

Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Silvanópolis - TO

Responsáveis: Aurélio Bonfim Teixeira Sousa (388.863.161-00); Bernardo Siqueira Filho (364.676.851-72); Marcelo Gomes de Sousa (341.672.691-04); Marison de Araújo Rocha (388.918.591-68); Tabocão Terraplenagem & Pavimentação Ltda. (06.064.333/0001-60)

Interessado: Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação (FNDE)

Representação legal: Renan Albermaz de Souza (5365/OAB-TO), representando Marcelo Gomes de Sousa; Marison de Araújo Rocha (1336-B/OAB-TO), representando Aurélio Bonfim Teixeira Sousa e Bernardo Siqueira Filho.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DE REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AS DESPESAS FEITAS E A SUPOSTA OBRA CONSTRUÍDA. EVIDÊNCIAS DE INSERÇÃO DE INFORMAÇÕES FALSAS EM BOLETINS DE MEDIÇÃO. IRREGULARIDADE DAS CONTAS, COM A CONDENAÇÃO EM DÉBITO DOS CITADOS E APLICAÇÃO DE MULTA. INABILITAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO E FUNÇÃO DE CONFIANÇA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DA EMPRESA PARA LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. RESPONSABILIDADE DO FISCAL LIMITADA AO SUPERFATURAMENTO DECORRENTE DA PARCELA INDEVIDAMENTE ATESTADA. PROVIMENTO PARCIAL DE AMBOS OS RECURSOS. REDUÇÃO DO DÉBITO IMPUTADO A UM DOS RECORRENTES. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA APLICADA A AMBOS RECORRENTES.

## RELATÓRIO

O presente processo trata de tomada de contas especial instaurada em função de irregularidades constatadas na execução do Convênio 656.983/2009, firmado entre o FNDE e o município de Silvanópolis, cujo objeto contemplava a construção de uma unidade de educação infantil.

2. Foi interposto recurso de reconsideração pelo Sr. Marcelo Gomes de Souza contra o Acórdão 1.011/2014-Plenário (peça 150), examinado no mérito por auditor da Secretaria de Recursos (peça 165) mediante a instrução que transcrevo a seguir:

*“INTRODUÇÃO*

1. *Trata-se de Recurso de Reconsideração (peça 150), interposto por Marcelo Gomes de Sousa, pelo qual contesta o Acórdão 1011/2014 (peça 121), prolatado na Sessão Ordinária do Plenário realizada em 16/4/2014, que lhe imputou débito, além de multas com fulcro nos artigos 57 e 58 da Lei 8.443/1992.*

2. *A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:*

*9.1. julgar irregulares as contas dos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, Marcelo Gomes de Sousa e da empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea d, da Lei n. 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, do RI/TCU, condenando-os, solidariamente, ao pagamento dos valores abaixo discriminados, fixando prazo de quinze dias para comprovarem perante este Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea a, do RI/TCU) o recolhimento da dívida em favor do FNDE, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora desde as datas de ocorrência dos fatos geradores até a do efetivo recolhimento, de acordo com a regulamentação em vigor:*

<i>Data</i>	<i>Valores originais (R\$)</i>
<i>2/3/2010</i>	<i>628.041,25</i>
<i>4/3/2011</i>	<i>628.041,26</i>
<i>TOTAL</i>	<i>1.256.083,51</i>

*9.2. aplicar aos responsáveis identificados em seguida as multas previstas nos dispositivos legais a seguir indicados, fixando prazo de 15 (quinze) dias para que comprovem perante este Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea a do RI/TCU) o recolhimento dos respectivos valores ao Tesouro Nacional, atualizados na forma da regulamentação vigente, caso o pagamento ocorra após o prazo:*

*9.2.1. com base no art. 57 da Lei n. 8.443/1992, no valor individual de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, Marcelo Gomes de Sousa e à empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda.;*

*9.2.2. nos termos do art. 58, inciso II, da referida lei, no valor individual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa e Marcelo Gomes de Sousa;*

*9.3. com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, autorizar a cobrança judicial das dívidas retrocitadas, atualizadas monetariamente desde a data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;*

*9.4. com espeque no art. 60 da Lei n. 8.443/1992, c/c art. 270, §§ 1º a 3º, do RI/TCU, considerar graves as infrações cometidas pelos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa e Marcelo Gomes de Sousa, inabilitando-os para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos;*

*9.5. autorizar a formação de processo apartado, cuja finalidade será apurar a ocorrência indiciária de irregularidades na gestão dos recursos vinculados ao Convênio 700.760/2011 (Siafi/Siconv 669761), bem como o descumprimento de determinação emanada a partir do subitem 9.2 do Acórdão 2333/2012 - TCU - Plenário, juntando-se ao referido processo cópia deste Acórdão, do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamentam, assim como das peças 39, 64, 65, 71 e 114 destes autos;*

9.6. remeter cópia deste Acórdão, acompanhada dos respectivos Relatório e da Proposta de Deliberação, à Procuradoria da República no Estado do Tocantins, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei n. 8.443/1992, c/c o § 7º, do art. 209 do RI/TCU.

## **HISTÓRICO**

3. O aresto recorrido condenou o ora recorrente, Marcelo Gomes de Sousa, engenheiro fiscal da obra de construção da escola de educação infantil da Prefeitura Municipal de Silvanópolis/TO, ante a impugnação total das despesas relativas ao Convênio 656.983/2009 (Siafi 657214), firmado entre aquele município e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.

4. O débito imputado ao recorrente, solidariamente com outros responsáveis, correspondeu à totalidade dos recursos federais repassados ao município convenente, ou seja, R\$1.256.082,51, enquanto as multas individuais aplicadas com fulcro nos artigos 57 e 58 da Lei Orgânica/TCU montaram, respectivamente, a R\$100.000,00 e R\$10.000,00.

## **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

5. Em exame preliminar de admissibilidade esta secretaria propôs o conhecimento do recurso de Marcelo Gomes de Sousa (peças 160 e 161), o que foi ratificado por despacho do Exmo. Ministro Benjamin Zymler (peça 163), suspendendo-se, por conseguinte, os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 1011/2014-TCU-Plenário em relação ao recorrente e aos demais responsáveis condenados em solidariedade com o recorrente, quais sejam: Bernardo Siqueira Filho, Prefeito Municipal, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, Secretário de Finanças, e a empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda., contratada para realizar as obras objeto do Convênio-FNDE 656.983/2009.

## **EXAME DE MÉRITO**

### **6. Delimitação do recurso**

6.1. Em atenção às questões insertas na peça recursal, constitui objeto do presente recurso definir se:

- a) o fiscal da obra pode ser responsabilizado solidariamente pelo dano ao erário; e
- b) é necessário um laudo pericial para quantificar o dano.

### **7. Análise da execução física do convênio e responsabilidade solidária**

7.1. Alega o recorrente, em síntese, sobre o ponto, que:

- a) a obra foi acompanhada pelo FNDE, com inclusão de andamentos processuais em sistema próprio (SIMEC), além de auditoria;
- b) o acervo fotográfico de 800 imagens juntado aos autos demonstra a utilização correta dos materiais por parte da construtora contratada;
- c) o convênio não estipula qual marca ou material deveria ser utilizado;
- d) o objeto do contrato foi cumprido;
- e) o FNDE jamais fez restrições sobre a atuação do fiscal da obra.

### **Análise**

7.2. O recorrente basicamente repete em sede de recurso as alegações que apresentou quando citado (peças 111-112).

7.3. Note-se, inicialmente, que a integralidade do valor repassado pelo órgão concedente, assim como a contrapartida municipal e os rendimentos de aplicações financeiras, foram sacados da

*conta corrente do convênio ainda durante a execução das obras/serviços e muito antes do final da vigência do ajuste.*

7.4. *No relatório da inspeção realizada pela Secex/TO, lê-se que o saldo da conta bancária do ajuste ficou zerado desde 30/1/2012. Todavia, as fotografias registradas pela equipe demonstram que as obras/serviços estavam incompletas ainda em julho/2012, época da inspeção (peça 40).*

7.5. *Cabe acrescentar, nesse ponto, que mesmo que o recorrente não tenha sido responsável direto pelos saques, atestou a efetiva realização de serviços que não ocorreram, ou seja, seus atestos nos boletins de medições serviram para suportar pagamentos indevidos.*

7.6. *De todo modo, e de maior gravidade, foi a constatação do depósito de parte dos recursos repassados pelo FNDE em conta de titularidade do ex-fiscal, no caso, resultado do desconto diretamente no caixa, em agência do Banco do Brasil, dos cheques 850038, em 26/4/2011, 850062, em 30/6/2011, e 850063, em 17/8/2011, sem qualquer justificativa para esse procedimento (peça 60, p. 7 e ss, item 7 da instrução).*

7.7. *Voltando ao apurado na inspeção, foi constatado que 182 itens de serviço haviam sido pagos com discrepância em relação ao efetivamente realizado, montando a diferença, à época, a R\$ 285.487,02 (peça 60, p. 4 e ss, item 6 da instrução).*

7.8. *Nessa linha, o argumento de que a qualidade dos materiais e a ausência de definição no instrumento de convênio acerca de quais marcas e materiais deveriam ser utilizados não socorre o recorrente quanto à imputação de débito.*

7.9. *De fato a questão carrega alguma subjetividade, entretanto, a aceitação do argumento em tela poderia no máximo ter reflexos sobre a multa que lhe foi aplicada com fulcro no artigo 58 da Lei Orgânica/TCU, a qual não guarda relação com o débito apurado, pois não restou executado o objeto conforme pactuado, independente da qualidade dos materiais empregados.*

7.10. *Ocorre que pela processualística adotada no Tribunal, não cabe à unidade técnica propor valores acerca das multas, sendo mister unicamente do relator e do próprio colegiado julgador decidir a respeito.*

7.11. *Oportuno anotar que, a par da maior ou menor qualidade dos materiais utilizados, as obras/serviços estavam notoriamente inacabados quase ao final da vigência do convênio. É o que demonstram as fotos que compõem a peça 40 dos autos, registradas pela equipe de inspeção da Secex/TO, além do próprio relato da equipe (peça 116, p. 10, item 38, ii).*

7.12. *A propósito, em relação às fotos trazidas aos autos pelo próprio recorrente, a jurisprudência do TCU é pacífica quanto ao seu baixo valor probatório, ou seja, constituem-se em reforço a outros meios de prova sobre a regular aplicação dos recursos geridos, mas, dificilmente são aceitas como provas bastantes por si sós.*

7.13. *Assim, os registros fotográficos podem comprovar a existência do objeto, mas, não revelam efetivamente a origem dos recursos aplicados. Elas retratam uma situação, mas não demonstram o nexo entre os recursos federais transferidos e as despesas apresentadas na execução do objeto. Quando desacompanhadas de provas mais robustas, as fotografias são insuficientes para comprovar a regularidade da aplicação dos recursos públicos transferidos por meio de convênio.*

7.14. *No presente caso, cabe acrescentar que parte do objeto foi construído até a data da inspeção, não havendo notícias e comprovação de sua conclusão posterior, embora o ajuste tenha sido prorrogado pelo menos até 14/3/2014 (peça 116, p. 12, item 50). Ademais, segundo os achados*

da Secex/TO, o que foi realizado não corresponde ao valor pago à construtora, como registrado acima (item 7.7).

7.15. Quanto ao necessário nexos entre objeto e despesas, conforme acima mencionado, nota-se que a conclusão pela sua ausência foi o que justificou a imputação de débito aos responsáveis pela totalidade do valor repassado ao município conveniente no âmbito do Convênio 656.983/2009, embora tenha sido encontrado no município a construção de uma escola, conforme pactuado no convênio.

7.16. Todavia, entende-se que em relação especificamente ao ex-fiscal da obra, sua responsabilidade é tão somente em relação ao superfaturamento que encontra respaldo em seu atestados (R\$ 285.487,02 - peça 60, p. 4 e ss., item 6 da instrução, e peça 38) decorrente da parcela indevidamente recebida. Isso porque a movimentação financeira dos recursos recebidos do FNDE foi realizada tão somente pelos ex-prefeito e ex-secretário de finanças (peça 116, p. 11, item 40, v).

7.17. No tocante ao acompanhamento do FNDE, o simples registro de informações no SIMEC não atesta a regularidade das ações voltadas à obtenção do objeto do convênio. Para a regular aprovação das contas, o concedente precisa realizar a avaliação documental e física do objeto *in loco*, quando for o caso. Considerando que não existe comprovação de que as medidas apontadas tenham acontecido, não cabe falar em aprovação pelo FNDE tampouco quanto à irresponsabilidade do fiscal recorrente.

7.18. Em conclusão, não restou comprovada a finalização das obras, além de ser possível a responsabilidade solidária do recorrente junto com o ex-prefeito e o ex-secretário de finanças. Quanto ao valor propriamente do débito a ser-lhe imputado, analisar-se-á a seguir em maior profundidade, vez que o recorrente também o questiona, além da ausência de um laudo pericial a lhe suportar.

## 8. Ausência de laudo pericial e a quantificação do dano

8.1. O recorrente alega que:

a) “seria admissível ao então Gestor, que lhe fosse assegurado EQUILÍBRIO DO VALOR ORÇADO.” A ausência, segundo afirma, injustificada, de um laudo pericial, acarreta a ineficiência e nulidade do processo, “nos termos do Regramento Processual Civil e o Regimento Interno desta Corte Nacional de Contas”;

b) “está sendo punido pela demora na apreciação do convênio destinado ao Município” e que o débito tem relação direta com “o período em que o Tribunal deixou de se manifestar nos autos em apreço” e que “se houvesse atenção direta à razoabilidade temporal, o referido valor seria consideravelmente menor”;

c) a tomada de contas está exclusivamente amparada em documentos fornecidos pelo “Conveniente, de modo que afigura-se clara a ausência de dotação documental própria”; e

d) sua análise enquanto engenheiro “afigura-se eminentemente subjetiva, ou seja, voltada à realidade da obra”, e que ao deixar a função de fiscal, pela não renovação de seu contrato com a prefeitura, havia R\$ 69.270,44 disponíveis para concluir a caixa de água da obra.

### Análise

8.2. Ante as considerações anteriores registradas nesta instrução, cumpre analisar se os pagamentos supostamente realizados em favor da empresa Tabocão Terraplanagem e Pavimentação

*Ltda., com base no atesto do fiscal recorrente, foram regulares - pois que foi a Secex/TO apontou o desvio de recursos para outras finalidades estranhas ao.*

8.3. *Da leitura dos autos se extrai que a conclusão do débito correspondente à integralidade do valor conveniado se deveu a suposta impossibilidade de se fixar o nexos entre os recursos conveniados e as obras realizadas, a exemplo:*

- a) *“indiciária impossibilidade de se firmar nexos de causalidade ...” (peça 116, p. 8, item 32);*
- b) *“inviabilizam (...) de maneira a configurar um nexos de causalidade minimamente crível” (peça 116, p. 10, item 32, iii);*
- c) *“situação que autoriza a legítima presunção de irregularidade” (peça 116, p. 10, item 32, iv)*

8.4. *Os indícios podem ser suficientes a autorizar a imputação de responsabilidade, assim é que por vezes o Tribunal decide a partir de provas indiciárias (vide TC-019.818/2008-9). Ademais, cabe àquele que gere recursos públicos comprovar o seu regular emprego, conforme os artigos 70 e 71 da Constituição Federal e legislação correlata, o que não se observa no presente caso.*

8.5. *No entanto, a Secex/TO concluiu que R\$285.487,02 (peça 60, p. 4 e ss., item 6 da instrução, e peça 38) foram pagos à empresa contratada com superfaturamento, por serviços não executados. Ainda, conseguiu apurar que até a época da inspeção em Silvanópolis/TO, entre 11 e 13/7/2012, houve um desvio de recursos da ordem de R\$737.383,70, inclusive com depósito de valores em conta bancária de titularidade do ora recorrente, no valor de R\$14.500,00 (peça 60, pp. 7-10, item 7 da instrução, tabela e Figura 1). Este valor seria destinado ao pagamento pelo exercício da fiscalização da obra, o que era obrigação da prefeitura que lhe havia contratado (peça 116, p. 10, item 38, iii da instrução).*

8.6. *Assim, considerando que não cabia ao ex-fiscal diretamente o pagamento de despesas, e ante a dificuldade em se estabelecer a precisa destinação da integralidade dos recursos recebidos pelo município conveniente, entende-se que não se lhe pode atribuir responsabilidade decorrente da ausência do nexos entre recursos recebidos do FNDE e despesas realizadas.*

8.7. *Cabe, outrossim, atribuir-lhe responsabilidade pelo débito no valor correspondente ao somatório do superfaturamento apurado e do pagamento com recursos da avença (R\$285.487,02 + R\$14.500,00 = R\$299,987,02), tomando como data base para atualização do débito o dia 4/3/2001, por ser mais benéfica ao recorrente (vide peça 116, p. 13, item 51 da instrução).*

8.8. *Quanto a outro argumento do recorrente, deve ser comentado que não se vislumbra a alegada falta de razoabilidade no tempo demandado para a análise do convênio pelo TCU. A vigência inicial do juste foi de 31/12/2009 a 15/09/2012 (peça 2, p. 1). A representação que originou a tomada de contas especial data de 15/12/2011 (peça 1, p.1), ou seja, durante aquele período de vigência. Por fim, a inspeção realizada pela Secex/TO, incluindo as fases de planejamento, execução e relatório, ocorreu entre 10 e 16/7/2012, antes do fim da vigência do ajuste.*

8.9. *Sobre a alegada relação entre tempo de análise e valor do débito também não assiste razão ao recorrente. No caso, o débito decorreu, segundo o aresto contestado, da ausência de mínimas condições de se estabelecer nexos de causalidade entre o valor recebido do FNDE pelo município conveniente e as obras executadas, como visto antes nesta instrução. E sobre o valor original há que considerar a incidência de juros de mora e a atualização monetária, conforme previsto na legislação correlata, a exemplo do artigo 19 da Lei Orgânica/TCU.*

8.10. *Em relação ao laudo pericial requerido, a Lei Orgânica e o Regimento Interno do TCU, bem como a legislação correlata - a exemplo da Instrução Normativa-TCU 71/2012, sobre tomadas de contas especiais - não estabelecem a obrigatoriedade de se produzir tal documento. Todavia, poderia*

*o próprio recorrente ter providenciado um laudo ou documento similar a fim de tornar mais robusta sua defesa. No entanto, desde a fase processual de citação o ex-fiscal somente trouxe fotografias aos autos, as quais possuem pequeno valor probante.*

8.11. *Por fim, quanto à ausência de 'dotação documental própria', supõe-se que o recorrente se refere à falta de documentos apresentados por ele próprio a embasar o acórdão recorrido. Quanto ao alegado, tem-se que o fiscal da obra, e ora recorrente, foi citado a fim de apresentar alegações de defesa, sendo que a documentação trazida aos autos em cumprimento a essa fase processual foi tida por insuficiente para afastar o débito apurado, segundo o Plenário do TCU, sendo apresentados praticamente os mesmos argumentos e documentos na atual fase de recurso.*

8.12. *No que diz respeito ao saldo de R\$ 69.270,44 na conta do convênio quando o recorrente deixou a função de fiscal da obra, a assertiva não foi acompanhada de documentos comprobatórios. Por sinal, o ora recorrente ocupou a função de fiscal do Convênio 656983/2009 entre 7/6/2010 e 3/1/2012 (peça 60, p. 6).*

8.13. *Uma vez reduzido o valor do débito pela decisão que vier a ser proferida, cabe a redução da multa aplicada com fulcro no artigo 57 da Lei 8.443/92. Por sua vez, em relação à multa aplicada com fulcro no artigo 58 da Lei Orgânica/TCU, não cabe propor sua redução nesta instrução, vez que não guarda relação direta e estrita com o débito imputado, sendo discricionariedade do relator e do colegiado avaliar se presentes elementos que ensejam também sua redução.*

## **CONCLUSÃO**

9. *Das análises anteriores, conclui-se que:*

*a) a responsabilidade solidária do recorrente pelo débito apurado nos autos decorreu de sua conduta enquanto fiscal das obras/serviços realizados, mostrando-se correta e legal;*

*b) não incumbe ao fiscal da obra o pagamento de despesas, não sendo diretamente responsável pela ausência de nexos de causalidade entre a totalidade dos recursos recebidos pelo município e a movimentação da conta bancária do convênio;*

*c) o débito a ser imputado ao recorrente compõe-se do superfaturamento apurado pela Secex/TO e do valor que recebeu à título de pagamento pela fiscalização das obras, mas, com recursos do convênio;*

*d) a Lei Orgânica, o Regimento Interno e a legislação correlata não obrigam a produção de laudo pericial a suportar a quantificação do débito apurado em sede de tomadas de contas especiais, o que não impede que o próprio responsável providencie este, ou, outros meios de prova a fim de demonstrar a correção de sua conduta na gestão dos recursos geridos.*

## **DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

10. *Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992 e artigo 285, do RI/TCU:*

*a) conhecer do recurso de reconsideração interposto por Marcelo Gomes de Sousa (341.672.691-04) e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para reduzir o débito que lhe foi imputado ao valor de R\$ 299.987,02, a contar de 4/3/2011, além de reduzir, proporcionalmente, a multa aplicada com fulcro no artigo 57 da Lei 8.443/92;*

*b) dar conhecimento às entidades/órgãos interessados, à Procuradoria da República no Estado do Tocantins, e ao recorrente da deliberação que vier a ser proferida”.*

3. Por sua vez, o Sr. Diretor da 4ª Diretoria Técnica da Serur, com a concordância titular da unidade técnica (peça 167), se manifestou nos seguintes termos (peça 166):

“(…)

3. Nesta oportunidade, examina-se recurso de reconsideração interposto por Marcelo Gomes de Sousa, engenheiro fiscal da referida obra.

4. O auditor instrutor entende que o fiscal da obra deve responder pelo superfaturamento (R\$ 285.487,02) e pela soma dos cheques depositados em sua conta (R\$ 14.500,00), razão pela qual propõe o provimento parcial para reduzir o débito lhe imputado para o montante de R\$ 299.987,02 (peça 165, p. 7, itens 9, ‘c’, c/c 10, ‘a’).

5. O Convênio 656.983/2009 (Siafi 657.214 - peça 30) foi firmado em **31/12/2009**, entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE e o Município de Silvanópolis - TO.

6. Os recursos foram repassados em duas parcelas iguais de R\$ 628.041,25, em 2/2/2010 e em 2/3/2011.

7. A Prefeitura Municipal de Silvanópolis celebrou, em **10/5/2010**, contrato de prestação de serviços com a empresa Tabocão Terraplanagem e Pavimentação Ltda., no valor de **R\$ 1.256.082,51** para a construção, em 9 (nove) meses a partir da assinatura do contrato, da escola de Educação Infantil do Próinfância Tipo – B na cidade Silvanópolis -TO, de acordo com especificações e condições contidas no Edital da Tomada de Preço nº 001/2010 e seus anexos (peça 13, p. 1/2 e 5, Cláusulas Primeira à Quarta).

8. Referido Contrato teve os seguintes Termos Aditivos - TA, a saber:

<b>TA</b>	<b>Data</b>	<b>Motivo</b>	<b>Prazo de vigência</b>	<b>Peça</b>
1º TA	23/3/2011	Requerimento de 17/3/2001 da empresa - <b>falta de material</b> em decorrência das chuvas	10/10/2011	13, p. 16
2º TA	7/10/2011	Insuficiência do prazo <b>para a conclusão da obra</b> em virtude deficiência de mão de obra	30/4/2012	13, p. 17
3º TA	2/2/2012	Acréscimo na obra	30/4/2012	13, p. 18/20
4º TA	9/4/2012	Insuficiência do prazo <b>para a conclusão da obra</b> em virtude em virtude deficiência de mão de obra	31/12/2012	13, p. 21

9. Os atestos nos Boletins de Medição constam na tabela abaixo:

<b>Peça</b>	<b>Nota fiscal</b>		<b>Atesto</b>			
	<b>valor</b>	<b>Data</b>	<b>Valor</b>	<b>Acumulado</b>	<b>Data</b>	<b>OBS</b>
15	100.000,00	04/06/2010	100.000,00	100.000,00	04/06/2010	
16	160.078,04	08/07/2010	160.078,04	260.078,04	08/07/2010	
17	42.142,72	10/08/2010	44.595,47	304.673,51	09/08/2010	
18	28.532,36	03/09/2010	30.192,97	334.866,48	02/09/2010	
19	98.762,39	08/10/2010	104.510,46	439.376,95	06/10/2010	
20	70.833,76	10/11/2010	70.833,76	509.445,18	08/11/2010	
21	109.019,23	17/12/2010	115.364,26	624.809,45	16/12/2010	

22	115.696,15	17/03/2011	122.429,78	746.213,85	-	
23	94.601,56	26/04/2011	100.107,47	849.446,43	-	
24	101.175,57	24/05/2011	107.064,09	956.510,52	-	Sem assinatura do fiscal
25	19.848,53	01/05/2011	21.003,73	977.514,25	-	Sem assinatura do fiscal
26	170.884,57	30/07/2011	180.830,20	1.156.484,11	-	
27	39.912,08	16/08/2011	42.235,00	1.198.719,11	-	
28	28.362,47	01/11/2011	30.002,61	1.229.247,84	-	
29	25.005,87	27/12/2012	26.461,23	1.255.709,07	-	Assinatura de outro fiscal
<b>Soma</b>	<b>1.204.855,30</b>		<b>1.255.709,07</b>			

10. *Ressalto que, por meio de Inspeção in loco realizada pelo TCU no período de 11 a 13/7/2012, a equipe detectou o seguinte (peça 60 – Instrução elaborada no âmbito da Representação – TC 037.312/2011-0):*

#### **5.5. Conclusão**

*e) flagrante descompasso entre do estágio da edificação existente, com base na Inspeção realizada por equipe do TCU, e os dados do último boletim de medição apresentado;*

*f) o fato de que os únicos pagamentos que ingressaram em conta bancária da suposta contratada só ocorreram nos meses de junho, agosto e outubro de 2010, representando ao todo pouco mais de 16% (R\$ 206.922,19) do valor nominal explicitado no contrato (R\$ 1.267.989,55) aparentemente ficto, fato que implica em justa dedução de que tais ingressos foram tão somente para cobrir os encargos tributários havidos pela emissão dos documentos fiscais e eventual remuneração pelo ardil;*

[...]

#### **6. Achado 2: Superfaturamento da obra de construção da escola de educação infantil**

##### **6.1. Situação encontrada**

*Ao realizarmos a inspeção física na obra, identificamos que a mesma encontra-se paralisada.*

*Ao compararmos os serviços executados com a posição percentual do último boletim de medição pago, foram identificadas discrepâncias quantitativas na execução de 182 itens dos serviços. Evidenciando, assim, a inserção de informações falsas nos boletins de medições que serviram de suporte para os pagamentos realizados.*

*Conforme quadro a seguir, e detalhamento na peça 38, apuramos um superfaturamento em valores nominais de R\$ 285.487,02, em decorrência de pagamentos por serviços não executados:*

#### **7. Achado 3 - Desvio de recursos financeiros da conta do convênio n. 656983/2009**

##### **7.1. Situação encontrada**

*No início dos trabalhos chamou a atenção da equipe de fiscalização uma incomum movimentação financeira da conta do convênio (C/C n. 9.364-5, Agência 3980-2, do Banco do Brasil S.A.), a qual apresentava a existência de 38 cheques descontados na “boca do caixa”, no montante de R\$ 1.079.929,57.*

10. Após essa breve digressão, cumpre-nos delimitar a responsabilidade de Marcelo Gomes de Sousa. Na qualidade de fiscal da obra, não pode ser-lhe atribuída a responsabilidade pela comprovação do nexos financeiro, pois não era gestor, tampouco fora o responsável pelos saques realizados na “boca do caixa”, conforme item 12, ‘d’, do voto condutor do Acórdão 2333/2012-TCU-Plenário (peça 63, p. 2, do TC 037.712/2011-0 – Representação apensa)

11. Assim sendo, sua responsabilidade está relacionada a sua atribuição de fiscal da obra e encontra embasamento legal nos seguintes dispositivos da Lei 8.666, de 1993:

#### Seção IV

##### Da Execução dos Contratos

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes. (destaques inseridos)

12. Por sua vez, o Contrato 40/2010 de prestação de serviços de engenharia celebrado entre a Municipalidade e empresa Tabocão também estipulava os poderes-deveres do fiscal da obra, verbis:

#### CLÁUSULA TERCEIRA - DAS OBRIGAÇÕES

Compete a CONTRATADA

[...]

c) Reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, as suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato no qual se verificar vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados;

d) Providenciar o livro "DIÁRIO DE OBRAS", para as anotações da fiscalização do CONTRATANTE e do Responsável Técnico da CONTRATADA, no tocante ao andamento dos serviços contratados e problemas detectados, com o estabelecimento, inclusive, de prazo para sua correção;

[...]

Compete ao CONTRATANTE:

[...]

c) Receber e conferir o objeto do contrato, consoante as disposições estabelecidas;

[...]

#### CLÁUSULA QUARTA - DO LOCAL, DAS CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO E RECEBIMENTO DO OBJETO

[...]

PARÁGRAFO OITAVO - A fiscalização do CONTRATANTE solucionará todos os impasses quanto à substituição ou não de peças ou materiais, no todo ou em parte irrecuperáveis, ficando a seu cargo os critérios para tal. Qualquer alteração feita ao Projeto Executivo, após aprovação do CONTRATANTE, deverá ser registrada no livro "Diário de Obras".

PARÁGRAFO DÉCIMO - À fiscalização do CONTRATANTE fica assegurado o direito de:

a) Exigir o cumprimento de todos os itens e subitens do Projeto Executivo;

b) Rejeitar todo e qualquer serviço mal executado ou material de qualidade inferior ou diferente ao especificado em Projeto Executivo, estipulando prazo para a sua retirada e refazimento do serviço, sob ônus da CONTRATADA.

*PARÁGRAFO DÉCIMO SEGUNDO - A Fiscalização do CONTRATANTE acompanhará a execução dos serviços e examinará os materiais recebidos na obra, antes de suas aplicações, decidindo sobre aceitação ou rejeição dos mesmos.*

12. *Como se vê Marcelo Gomes de Sousa, na qualidade de engenheiro civil e fiscal, tinha um rol completo de atribuições, devendo, ao menos, acompanhar a obra, registrar no “diário de obras” o andamento dos serviços e os problemas detectados na execução do contrato e estabelecer prazo para a correção dos serviços; até porque, “o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei”, constituiria motivo para a rescisão do contrato celebrado com a empresa Taboão, nos termos do art. 78, caput, c/c inciso VIII, da Lei 8.666, de 1993.*

13. *Não pode-se olvidar que os Auditores deste TCU detectaram, no período de 11 a 13/7/2012, data na qual Marcelo já tinha assinado quase todos os boletins de medição (vide tabela constante no item 9 desta instrução), “o flagrante descompasso entre do estágio da edificação existente”, discrepâncias quantitativas na execução de 182 itens dos serviços e a paralisação da obra (peça 60, p. 3/4, itens 5.5, ‘e’ e 6.1)*

14. *Assim, entendo que Marcelo Gomes de Sousa deve ser responsabilizado pelo débito apurado nos autos, visto que, com sua conduta comissiva, contribui para o dano ao erário, haja vista que a fase de liquidação despesa, consubstanciada pelos atestos nos boletins de medição, é a fase que precede o pagamento da despesa.*

15. *Resta, no entanto, definir o quantum do débito deve ser atribuído ao fiscal, visto que não assinou os seguintes boletins de medição de nº 24, 25 e 29 (último boletim).*

16. *Em princípio, Marcelo deveria ser responsabilizado somente pela importância de R\$ 1.101.180,02, valor esse correspondente a soma dos boletins que tiveram seu atesto.*

17. *Entretanto, entende-se que os atestos realizados por Marcelo nos boletins de medição 26, 27 e 28 convalidaram a sua responsabilidade em relação aos boletins 24 e 25. Explico. É que o engenheiro fiscal, quando atestou os boletins 26, 27 e 28, ratificou os serviços realizados nesses assim como nos boletins 24 e 25.*

18. *Nessa lógica, entendo que o único débito que não pode ser-lhe atribuído é o referente ao boletim de medição 29, medição final, pois que o recorrente não atestou-o, tampouco atuou posteriormente validando-o.*

19. *Assim, Marcelo deve ser responsabilizado, solidariamente, pelo débito de R\$ 1.229.247,84, importância essa referente às 14 (catorze) primeiras medições. De outras palavras, somente exclui-se a responsabilidade do recorrente em relação à medição final de R\$ 26.461,23 (peça 29).*

20. *Por fim, esclareço que Marcelo registrou no CREA-TO o ART referente à obra no valor de R\$ 14.000,00 (peça 41). Tendo em vista que não era responsável pela comprovação do nexo financeiro nos pagamentos, não vejo como atribuir-lhe responsabilidade pelos depósitos dos cheques em sua conta (vide item 4 desta instrução).*

21. *Feitas essas considerações, divirjo da proposta do auditor federal para conhecer do recurso de reconsideração interposto por Marcelo Gomes de Sousa e, no mérito, excluir do débito lhe imputado pelo Acórdão 1011/2014-Plenário somente o valor de R\$ 26.461,23, correspondente a última medição realizada”.*

4. O d. representante do MP/TCU, em sua manifestação regimental (peça 168), exarou parecer parcialmente transcrito a seguir:

“(…)

*A Secretaria de Recursos – Serur apresenta conclusões convergentes pelo conhecimento do apelo do sr. Marcelo Gomes de Sousa, mas dissonantes quanto ao mérito:*

*a) o sr. AUFC opina pelo “provimento parcial, para reduzir o débito que lhe foi imputado ao valor de R\$ 299.987,02, a contar de 4.3.2011, além de reduzir, proporcionalmente, a multa aplicada com fulcro no artigo 57 da Lei 8.443/1992” (peça 165);*

*b) o sr. Diretor e o titular da unidade técnica especializada opinam por “excluir do débito lhe imputado pelo Acórdão 1.011/2014-Plenário somente o valor de R\$ 26.461,23, correspondente à última medição realizada” (peças 166 e 167).*

## II

*Para melhor compreensão da matéria, rememoremos os fatos.*

*Por meio do já mencionado Acórdão 2.333/2012 (TC-037.712/2011-0), o Tribunal Pleno deliberou, em suma, no sentido de (peça 64):*

*“9.2. com fulcro no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c art. 276 do RI/TCU, determinar, cautelarmente, à Prefeitura Municipal de Silvanópolis/TO que se abstenha de utilizar as disponibilidades financeiras repassadas pelo FNDE/MEC, por meio do Convênio 700.760/2011 (Siafi/Siconv 669761), cujo escopo é a aquisição de mobiliário e equipamentos padronizados para aparelhar a creche do Proinfância no município, até a decisão de mérito a ser proferida nestes autos, tendo em vista a obra de construção da referida escola encontrar-se inacabada e os relatos de irregularidades apontados na gestão dos recursos do Convênio 656.983/2009 (Siafi 657214);*

*9.3. com fundamento no art. 47 da Lei 8.443/1992, c/c art. 252 do RI/TCU, converter estes autos em tomada de contas especial e autorizar a citação solidária dos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Prefeito do Município de Silvanópolis/TO, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, Secretário de Finanças do Município de Silvanópolis/TO, Marcelo Gomes de Sousa, Engenheiro Fiscal da Prefeitura Municipal de Silvanópolis/TO, assim como da empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda., por meio de seus representantes legais, para apresentarem as alegações de defesa ou recolherem ao FNDE os valores concernentes ao Convênio 656.983, no total de R\$ 1.256.082,51, transferidos em duas parcelas iguais de R\$ 628.041,25, em 02/02/2010 e em 02/03/2011, considerando o quadro de ilícitos evidenciado nestes autos, principalmente a realização de saques em espécie na conta única, as incongruências entre as informações inseridas nos boletins de medição em contraponto com a verificação in loco, a realização de pagamentos à contratada por serviços não executados, assim como a não possibilidade de se firmar nexo de causalidade entre os saques da conta do convênio e o objeto supostamente realizado, além da ausência de fiscalização da execução contratual;*

*9.4. determinar a realização da audiência dos seguintes responsáveis a respeito dos fatos a seguir indicados:*

*9.4.1. Sr. Bernardo Siqueira Filho, Prefeito Municipal de Silvanópolis/TO, pela aprovação de edital da licitação na modalidade Tomada de Preços 1/2010, com indícios de direcionamento da licitação para a contratação das obras, com cláusulas restritivas de competitividade, que culminaram na exclusão de outras prováveis empresas interessadas em participar do certame, contrariando o art. 32, parágrafo 5º, da Lei 8.666/1993, e a jurisprudência deste Tribunal, à vista das seguintes constatações:*

*(...)*

9.4.2. Sr. Marison de Araújo Rocha, Assessor Jurídico do Município de Silvanópolis/TO, pela emissão de pareceres jurídicos, o primeiro aprovando edital da licitação na modalidade Tomada de Preços 1/2010 com cláusulas restritivas de competitividade, que culminaram na exclusão de outras prováveis empresas interessadas em participar do certame, e o outro, atestando a regularidade do processamento da referida tomada de preços;

9.5 remeter aos responsáveis retromencionados cópia da instrução da Secex/TO, com os resultados da inspeção feita na Prefeitura Municipal de Silvanópolis/TO, objeto destes autos.”

Realizadas as medidas preliminares (peças 72 a 84), vieram aos autos as defesas dos srs. Bernardo Siqueira Filho (peça 101), Aurélio Bonfim Teixeira Sousa (peça 100), Marcelo Gomes de Sousa (peças 111 e 112), Marison de Araújo Rocha (peça 102) e da empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda. (peça 103).

Após análise das defesas ofertadas, a Secex/TO (peças 116 a 118) e o Ministério Público de Contas (peça 119) pronunciaram-se.

Sobreveio, então, o Acórdão 1.011/2014 – Plenário (peça 121), cuja proposta de deliberação foi lavrada pelo Ministro Marcos Bemquerer Costa, Relator a quo, nos termos seguintes, integralmente acolhidos pelo colegiado (peça 120):

“7. Quanto ao débito quantificado nestes autos, foi promovida a citação dos responsáveis pela gestão dos valores em causa, no importe total repassado pelo FNDE ao Município de Silvanópolis/TO, R\$ 1.256.082,51, à conta do Convênio 656.983/2009, pois a integralidade desses recursos foi sacada da conta 9.364-5 (Agência 3980-2, do Banco do Brasil S.A.), assim como a contrapartida municipal (R\$ 6.343,85) e os rendimentos de aplicações financeiras (R\$ 26.290,65). O saldo da referida conta encontra-se zerado desde 30/01/2012 [peça 31, p. 26].

8. Demais disso, foram apontados os seguintes fatos irregulares:

a) existência de discrepâncias quantitativas na execução de 182 itens dos serviços, demonstrando a possibilidade de inserção de informações falsas nos boletins de medições que serviram de suporte para os pagamentos realizados;

b) pagamento de serviços não executados, no total de R\$ 285.487,02 [peças 38 e 60, p. 4], como a execução das estruturas de concreto, esquadrias, instalação de vidros, cobertura, impermeabilização, revestimentos, pintura, acessórios, instalações elétricas, eletrônicas, hidráulicas e sanitárias, entre outros;

c) registros relativos às informações sociais da empresa contratada para a execução das obras (Contrato 40/2010, firmado entre o Município de Silvanópolis/TO e a empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda. [peça 13]) dando conta de que, dos 15 empregados registrados no ano de 2011, nenhum deles possui endereço na cidade de Silvanópolis/TO [peça 57];

d) do exame à documentação financeira atinente ao Convênio 656.983/2009, observou-se que não há comprovação dos gastos relativos ao cheque 850.066, no valor de R\$ 35.836,09, descontado em 15/12/2011 [peça 31, p. 21];

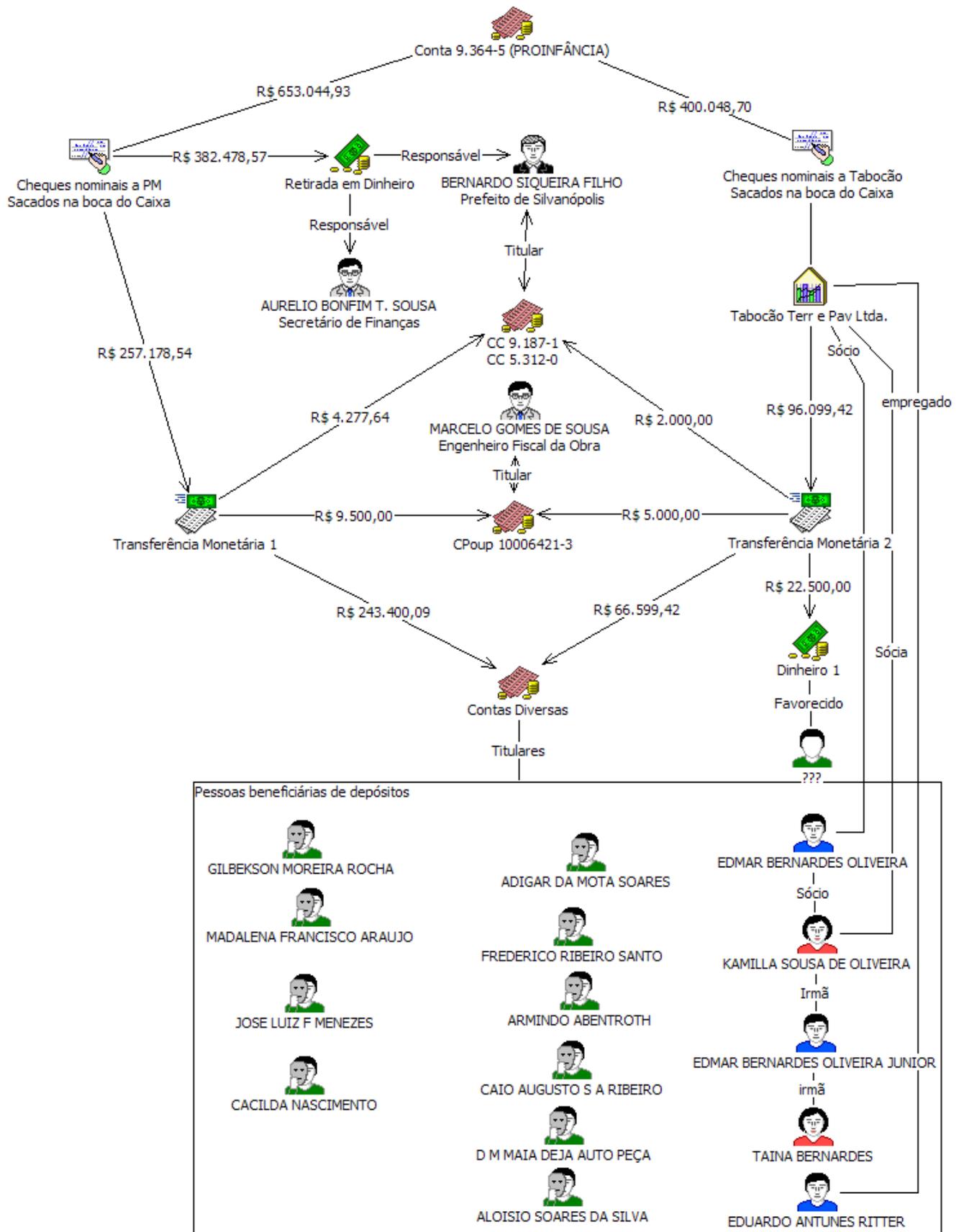
e) a análise documental dos processos de despesas arquivados na Contabilidade da Prefeitura Municipal de Silvanópolis/TO evidenciou vestígios de fraude documental, assim como da inserção de informações falsas nos boletins de medição;

f) o exame das cópias de documentos e informações solicitadas ao Banco do Brasil demonstrou grande discrepância entre as informações neles inseridas, como discriminado no quadro do subitem 7.1 da instrução reproduzida no Relatório antecedente, não havendo justificativas para a incomum movimentação financeira da

*conta do convênio (c/c 9.364-5, Agência 3980-2, do Banco do Brasil S.A.), a qual apresentava a existência de 38 cheques descontados na 'boca do caixa', no montante de R\$ 1.079.929,57;*

*g) na contabilidade da Prefeitura de Silvanópolis/TO há cópia dos cheques indicados no quadro retromencionado, que teriam sido emitidos de forma nominal à empresa Tabocão, acompanhados de boletins de medição e notas fiscais [peças 15 a 29]; entretanto, nos microfilmes fornecidos pelo Banco do Brasil, tais cheques teriam sido nominais à aludida Prefeitura e sacados pelo Prefeito e pelo Secretário de Finanças, com depósitos diversos em contas dos próprios ou de terceiros, ou, na maioria dos casos, saques em espécie [peças 42 a 56].*

*9. A Secex/TO, ao se pronunciar sobre o possível fluxo financeiro dos recursos de que cuidam os autos, identificou as pessoas que foram beneficiadas com depósitos ou emprestaram suas contas para recebimento dos recursos ('contas de passagem'), a partir dos descontos dos cheques citados, constatando o envolvimento de ex-empregados e sócios da empresa Tabocão, além de proprietários de outras empresas, como descrito no seguinte gráfico [peça 60, pp. 7/11], que também constou da Proposta de Deliberação [peça 63] que amparou o Acórdão 2.333/2012 – Plenário:*



10. Esse quadro de ilícitos não foi descaracterizado pelos responsáveis citados, consoante se verifica da instrução reproduzida no Relatório antecedente – itens 32/39 [peça 62], não havendo sido apresentados documentos probantes da boa e regular aplicação dos valores federais em causa.

11. No caso, respondem solidariamente pelo dano os Srs. Bernardo Siqueira Filho, ex-Prefeito de Silvanópolis; Aurélio Bonfim Teixeira de Sousa, ex-Secretário Municipal de Finanças; Marcelo Gomes de Sousa, engenheiro, e a empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda. Neste sentido, veja-se parte do relatório da inspeção realizada pela Secex/TO no âmbito do TC-037.712/2011-0 (cópia à peça 60):

**Responsável 1:**

Nome: Bernardo Siqueira Filho (CPF: 364.676.851-72), Prefeito do Município de Silvanópolis/TO;

Conduta: atestar boletins de medição com informações visivelmente falsas, autorizar pagamentos por serviços não prestados, assinar cópias de cheques com o objetivo de simular processos de pagamentos, efetuar descontos de cheques diretamente no caixa, receber em conta particular recursos financeiros oriundos do Convênio n. 656.983/2009.

Nexo de causalidade: tal conduta culminou com o desvio de recursos, pagamentos a pessoas estranhas à relação contratual formalizada, saques em espécie, pagamentos indevidos e conseqüente prejuízo ao erário.

Culpabilidade: Não é possível afirmar que houve boa-fé do responsável, tendo em vista que ele foi beneficiário direto de depósitos efetuados com os recursos oriundos do convênio.

Embora a documentação contábil/financeira aponte que o responsável praticou os atos com base em parecer técnico do fiscal da obra, houve fraudes documentais que apontam que o responsável teria consciência da ilicitude do ato que praticara, tendo em vista o pagamento por serviços visivelmente não executados.

É razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois somente deveria realizar os pagamentos após a efetiva comprovação dos serviços realizados.

Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável, ou seja, reprovável, há ainda a obrigação de reparar o dano (...).

**Responsável 2:**

Nome: Aurélio Bonfim Teixeira Sousa (CPF: 388.863.161-00), Secretário de Finanças do Município de Silvanópolis/TO.

Conduta: autorizar pagamentos por serviços não prestados, assinar cópias de cheques com o objetivo de simular processos de pagamentos, efetuar descontos de cheques diretamente no caixa, movimentar em espécie recursos oriundos do Convênio n. 656983/2009 (Siafi 657214).

Nexo de causalidade: tal conduta culminou com o desvio de recursos, pagamentos a pessoas estranhas à relação contratual formalizada, saques em espécie, pagamentos indevidos e conseqüente prejuízo ao erário.

Culpabilidade: não é possível afirmar que houve boa-fé do responsável, tendo em vista que ele contribuiu para a prática de fraudes documentais apontadas, tais como a inserção de cópias de cheques falsas nos processos de pagamentos da prefeitura.

*É razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois somente deveria realizar os pagamentos após a efetiva comprovação dos serviços realizados.*

*Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável, ou seja, reprovável, há ainda a obrigação de reparar o dano (...).*

**Responsável 3:**

*Nome: Marcelo Gomes de Sousa - CPF: 341.672.691-04, Engenheiro Fiscal da Obra de Construção da Escola de Educação Infantil (Proinfância) no Município de Silvanópolis/TO (de 7/6/2010 até 3/1/2012).*

*Conduta: atestar boletins de medição contendo faturamento de serviços que não foram executados pela empresa construtora. Receber pagamentos com recursos oriundos do convênio à margem da relação contratual firmada com a prefeitura.*

*Nexo de causalidade: tal conduta subsidiou a realização de pagamentos superfaturados e contribuiu para a simulação das operações financeiras perpetradas com os recursos federais repassados que culminou no desvio de recursos do convênio.*

*Culpabilidade: não é possível afirmar que houve boa-fé do responsável. Tendo em vista que era o responsável técnico da prefeitura e tendo o dever de realizar a medição dos serviços executados. Assim, é razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara.*

*Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável, ou seja, reprovável, há ainda a obrigação de reparar o dano (...).*

12. Como provas da efetiva execução do convênio, o engenheiro Marcelo Gomes de Sousa apresentou tão somente fotos da suposta obra [peças 111 e 112]. No entanto, tais elementos têm escasso valor probatório, conforme a jurisprudência predominante deste Tribunal (Acórdãos 1.022/2006 – Plenário, 4.856/2010 - 2ª Câmara, 832/2005 - 2ª Câmara, entre outros julgados).

13. No tocante à Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda., em consonância com a análise levada a efeito pela Secex/TO e o Ministério Público, essa empresa deve responder solidariamente pelo dano apurado, pois há evidências nos autos de que ela participou ativamente dos ilícitos apurados, colaborando para dar aparência de legalidade ao procedimento eivado de vícios. A sua responsabilidade está bem caracterizada à peça 60:

*Nome: **Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda.** - CNPJ: 06.064.333/0001-60, empresa formalmente contratada para a execução da obra.*

*Conduta: apresentar boletins de medição com informações falsas e contendo faturamento de serviços não executados, fornecer notas fiscais para respaldar a simulação das operações financeiras praticadas na Prefeitura Municipal de Silvanópolis com os recursos recebidos através do Convênio n. 656.983/2009 (Siafi 657214), receber através de pessoas interpostas pagamentos à margem da relação contratual formalizada com a Prefeitura de Silvanópolis/TO.*

*Nexo de causalidade: tal conduta resultou no recebimento por serviços não prestados, favoreceu a simulação dos processos de pagamentos e culminou no desvio de recursos do convênio.*

14. Em que pesem as ilicitudes havidas na TP 01/2010 e nos pagamentos com os recursos decorrentes do Convênio 656.983/2009, não há elementos que demonstrem que a empresa contratada tenha praticado os atos tendentes a fraudar a licitação, o que afasta a penalidade de que trata o art. 46 da Lei 8.443/1992 e do art. 271 do RI/TCU – declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal.

15. Há, ainda, uma questão paralela a ser tratada, concernente à medida cautelar proferida no subitem 9.2 do Acórdão 2.333/2012 – Plenário [peça 64], a qual consistiu em determinar à Prefeitura Municipal de Silvanópolis/TO que se abstinhasse de utilizar as disponibilidades financeiras repassadas pelo FNDE no âmbito de outro ajuste, o Convênio 700.760/2011 (Siafi/Siconv 669761), cuja finalidade é a aquisição de mobiliário e equipamentos padronizados para aparelhamento da creche/escola do Proinfância [peça 39] contemplada no convênio atingido pelas irregularidades arroladas nestas contas especiais.

16. Apesar de formal e validamente comunicados (peças 65 e 71), no último dia de seu período de gestão no comando municipal, os ex-gestores sacaram o valor de R\$ 48.480,00 (peça 114, p. 9) na conta bancária que custodiava os recursos destinados à compra de mobiliário e equipamentos para a creche/escola, mediante transferência eletrônica com destinação e finalidade não conhecida pelos atuais dirigentes.

17. Ante o exposto, acolho a sugestão de formação de processo apartado, tendo por finalidade apurar a ocorrência indiciária de irregularidades na gestão dos recursos vinculados ao Convênio 700.760/2011 (Siafi/Siconv 669761), cabendo juntar ao referido feito cópia do Acórdão que sobrevier nesta oportunidade, acompanhada do Relatório e da Proposta de Deliberação, bem como pela reprodução das peças 39, 64, 65, 71 e 114 destes autos.

Nessas condições, manifesto-me por que seja adotada a Deliberação que ora submeto a este Colegiado.”

A proposta do sr. Auditor da Serur de que, mediante provimento parcial do recurso de reconsideração, o TCU reduza o débito imputado ao sr. Marcelo Gomes de Sousa, Engenheiro Fiscal, ao valor de R\$ 299.987,02, a contar de 4.3.2011, além de reduzir, proporcionalmente, a multa aplicada com fulcro no artigo 57 da Lei 8.443/1992, tem, em essência, os fundamentos a seguir (peça 165):

a) constitui objeto do presente recurso definir:

a.1) se o fiscal da obra pode ser responsabilizado solidariamente pelo dano ao erário;

e

a.2) se é necessário um laudo pericial para quantificar o dano;

b) o recorrente basicamente repete, em sede de recurso, as alegações que apresentou por ocasião da citação (peças 111 e 112), quais sejam:

“a) a obra foi acompanhada pelo FNDE, com inclusão de andamentos processuais em sistema próprio (Simec), além de auditoria;

b) o acervo fotográfico de 800 imagens juntado aos autos demonstra a utilização correta dos materiais por parte da construtora contratada;

c) o convênio não estipula qual marca ou material deveria ser utilizado;

d) o objeto do contrato foi cumprido;

e) o FNDE jamais fez restrições sobre a atuação do fiscal da obra.”

c) a integralidade do valor repassado pelo órgão concedente, assim como a contrapartida municipal e os rendimentos de aplicações financeiras, foi sacada da conta corrente do

convênio ainda durante a execução das obras/serviços e muito antes do final da vigência do ajuste [extratos às peças 31 e 32];

d) no relatório da inspeção realizada pela Secex/TO [peça 60], lê-se que o saldo da conta bancária do ajuste ficou zerado desde 30.1.2012. Todavia, as fotografias registradas pela equipe demonstram que as obras/serviços estavam incompletas ainda em julho/2012, época da inspeção (peça 40);

e) mesmo que o recorrente não tenha sido responsável direto pelos saques, atestou a efetiva realização de serviços que não ocorreram, ou seja, seus atestos nos boletins de medições serviram para suportar pagamentos indevidos;

f) de todo modo, e de maior gravidade, foi a verificação do depósito de parte dos recursos repassados pelo FNDE em conta de titularidade do ex-fiscal, no caso, resultado do desconto diretamente no caixa, em agência do Banco do Brasil, dos cheques 850038, em 26.4.2011, 850062, em 30.6.2011, e 850063, em 17.8.2011, sem qualquer justificativa para esse procedimento (peça 60, p. 7 e ss, item 7 da instrução);

g) ainda na inspeção, foi verificado que 182 itens de serviço haviam sido pagos com discrepância em relação ao efetivamente realizado, montando a diferença, à época, a R\$ 285.487,02 (peça 60, p. 4 e ss, item 6 da instrução);

h) nessa linha, os argumentos [do sr. Marcelo] de que a qualidade dos materiais e a ausência de definição no instrumento de convênio acerca de quais marcas e materiais deveriam ser utilizados não socorrem o recorrente quanto à imputação de débito;

i) de fato, a questão carrega alguma subjetividade, entretanto, a aceitação do argumento em tela poderia no máximo ter reflexos sobre a multa que lhe foi aplicada com fulcro no artigo 58 da Lei Orgânica/TCU, a qual não guarda relação com o débito apurado, pois não restou executado o objeto conforme pactuado, independentemente da qualidade dos materiais empregados;

j) pela processualística adotada no Tribunal, não cabe à unidade técnica propor valores acerca das multas, sendo mister unicamente do relator e do próprio colegiado julgador decidir a respeito;

k) a par da maior ou menor qualidade dos materiais utilizados, as obras/serviços estavam notoriamente inacabados quase ao final da vigência do convênio. É o que demonstram as fotos que compõem a peça 40 dos autos, registradas pela equipe de inspeção da Secex/TO, além do próprio relato da equipe (peça 116, p. 10, item 38, ii);

l) a propósito, em relação às fotos trazidas aos autos pelo próprio recorrente [peças 111 e 112], a jurisprudência do TCU é pacífica quanto ao seu baixo valor probatório, ou seja, constituem-se em reforço a outros meios de prova sobre a regular aplicação dos recursos geridos, mas dificilmente são aceitas como provas bastantes por si sós;

m) assim, os registros fotográficos podem comprovar a existência do objeto, mas não revelam efetivamente a origem dos recursos aplicados. Elas retratam uma situação, mas não demonstram o nexo entre os recursos federais transferidos e as despesas apresentadas na execução do objeto. Quando desacompanhadas de provas mais robustas, as fotografias são insuficientes para comprovar a regularidade da aplicação dos recursos públicos transferidos por meio de convênio;

n) no presente caso, parte do objeto foi construída até a data da inspeção, não havendo notícias e comprovação de sua conclusão posterior, embora o ajuste tenha sido prorrogado pelo menos até 14.3.2014 (peça 116, p. 12, item 50). Ademais, segundo os achados da Secex/TO, o que foi realizado não corresponde ao valor pago à construtora, como registrado acima (R\$ 285.487,02);

o) quanto ao necessário nexo entre objeto e despesas, a conclusão pela sua ausência foi o que justificou a imputação de débito aos responsáveis pela totalidade do valor repassado ao município conveniente no âmbito do Convênio 656.983/2009, embora tenha sido encontrada no município a construção de uma escola, conforme pactuado no convênio;

p) todavia, entende-se que, em relação especificamente ao ex-fiscal da obra, sua responsabilidade é tão somente em relação ao superfaturamento que encontra respaldo em seus

atestos (R\$ 285.487,02 - peça 60, p. 4 e ss., item 6 da instrução, e peça 38), decorrente da parcela indevidamente recebida. Isso porque a movimentação financeira dos recursos recebidos do FNDE foi realizada tão somente pelos ex-prefeito e ex-secretário de finanças (peça 116, p. 11, item 40, v);

q) no tocante ao acompanhamento do FNDE, o simples registro de informações no Simec não atesta a regularidade das ações voltadas à obtenção do objeto do convênio. Para a regular aprovação das contas, o concedente precisa realizar a avaliação documental e física do objeto **in loco**, quando for o caso. Considerando que não existe comprovação de que as medidas apontadas tenham acontecido, não cabe falar em aprovação pelo FNDE, tampouco em irresponsabilidade do fiscal recorrente;

r) em conclusão, não restou comprovada a finalização das obras, além de ser possível a responsabilidade solidária do recorrente junto com o ex-prefeito e o ex-secretário de finanças;

s) o recorrente também alega que:

“a) ‘seria admissível, ao então Gestor, que lhe fosse assegurado EQUILÍBRIO DO VALOR ORÇADO’. A ausência, segundo afirma, injustificada, de um laudo pericial acarreta a ineficiência e nulidade do processo, ‘nos termos do Regramento Processual Civil e o Regimento Interno desta Corte Nacional de Contas’;

b) ‘está sendo punido pela demora na apreciação do convênio destinado ao Município’ e que o débito tem relação direta com ‘o período em que o Tribunal deixou de se manifestar nos autos em apreço’ e que, ‘se houvesse atenção direta à razoabilidade temporal, o referido valor seria consideravelmente menor’;

c) a tomada de contas está exclusivamente amparada em documentos fornecidos pelo ‘Conveniente, de modo que afigura-se clara a ausência de dotação documental própria’; e

d) sua análise, enquanto engenheiro, ‘afigura-se eminentemente subjetiva, ou seja, voltada à realidade da obra’, e que ao deixar a função de fiscal, pela não renovação de seu contrato com a prefeitura, havia R\$ 69.270,44 disponíveis para concluir a caixa de água da obra.”

t) cumpre analisar se os pagamentos supostamente realizados em favor da empresa Tabocão Ltda., com base no atesto do fiscal recorrente, foram regulares - pois a Secex/TO apontou o desvio de recursos para outras finalidades estranhas ao convênio;

u) da leitura dos autos, extrai-se que a conclusão do débito correspondente à integralidade do valor conveniado deveu-se à suposta impossibilidade de se fixar o nexo entre os recursos conveniados e as obras realizadas, por exemplo:

“a) ‘indiciária impossibilidade de se firmar nexo de causalidade ...’ (peça 116, p. 8, item 32);

b) ‘inviabilizam (...) de maneira a configurar um nexo de causalidade minimamente crível’ (peça 116, p. 10, item 32, iii);

c) ‘situação que autoriza a legítima presunção de irregularidade’ (peça 116, p. 10, item 32, iv).”

v) os indícios podem ser suficientes a autorizar a imputação de responsabilidade. Assim é que, por vezes, o Tribunal decide a partir de provas indiciárias (vide TC-019.818/2008-9). Ademais, cabe àquele que gere recursos públicos comprovar o seu regular emprego, conforme os artigos 70 e 71 da Constituição Federal e legislação correlata, o que não se observa no presente caso;

w) no entanto, a Secex/TO concluiu que R\$ 285.487,02 (peça 60, p. 4 e ss., item 6 da instrução, e peça 38) foram pagos à empresa contratada com superfaturamento, por serviços não executados. Ainda, conseguiu apurar que, até a época da inspeção em Silvanópolis/TO, entre 11 e

13.7.2012, houve um desvio de recursos da ordem de R\$ 737.383,70, inclusive com depósito de valores em conta bancária de titularidade do ora recorrente, no valor de R\$ 14.500,00 (peça 60, pp. 7/10, item 7 da instrução, tabela e Figura 1). Este valor seria destinado ao pagamento pelo exercício da fiscalização da obra, o que era obrigação da prefeitura que lhe havia contratado (peça 116, p. 10, item 38, iii, da instrução);

x) assim, considerando que não cabia ao ex-fiscal diretamente o pagamento de despesas, e ante a dificuldade em se estabelecer a precisa destinação da integralidade dos recursos recebidos pelo município conveniente, entende-se que não se lhe pode atribuir responsabilidade decorrente da ausência do nexo entre recursos recebidos do FNDE e despesas realizadas;

y) cabe, outrossim, atribuir-lhe responsabilidade pelo débito no valor correspondente ao somatório do superfaturamento apurado e do pagamento com recursos da avença (R\$ 285.487,02 + R\$ 14.500,00 = R\$ 299.987,02), tomando como data base para atualização do débito o dia 4.3.2001 [4.3.2011], por ser mais benéfico ao recorrente (vide peça 116, p. 13, item 51 da instrução);

z) quanto ao outro argumento do recorrente, não se vislumbra a alegada falta de razoabilidade no tempo demandado para a análise do convênio pelo TCU. A vigência inicial do ajuste foi de 31.12.2009 a 15.9.2012 (peça 2, p. 1). A representação que originou a tomada de contas especial data de 15.12.2011 (peça 1, p. 1), ou seja, durante aquele período de vigência. Por fim, a inspeção realizada pela Secex/TO, incluindo as fases de planejamento, execução e relatório, ocorreu entre 10 e 16.7.2012, antes do fim da vigência do ajuste;

aa) sobre a alegada relação entre tempo de análise e valor do débito, também não assiste razão ao recorrente. No caso, o débito decorreu, segundo o aresto contestado, da ausência de mínimas condições de se estabelecer nexo de causalidade entre o valor recebido do FNDE pelo município conveniente e as obras executadas. E sobre o valor original há que considerar a incidência de juros de mora e de atualização monetária (v. g., artigo 19 da Lei Orgânica/TCU);

bb) em relação ao laudo pericial requerido, a Lei Orgânica e o Regimento Interno do TCU, bem como a legislação correlata - a exemplo da Instrução Normativa-TCU 71/2012, sobre tomadas de contas especiais - não estabelecem a obrigatoriedade de se produzir tal documento. Todavia, poderia o próprio recorrente ter providenciado um laudo ou documento similar a fim de tornar mais robusta sua defesa. No entanto, desde a fase processual de citação, o ex-fiscal somente trouxe fotografias aos autos, as quais possuem pequeno valor probante;

cc) por fim, quanto à ausência de “dotação documental própria”, supõe-se que o recorrente se refira à falta de documentos apresentados por ele próprio a embasar o acórdão recorrido. Quanto ao alegado, tem-se que o fiscal da obra, e ora recorrente, foi citado a fim de apresentar alegações de defesa, sendo que a documentação trazida aos autos em cumprimento a essa fase processual foi tida por insuficiente para afastar o débito apurado, segundo o Plenário do TCU, sendo apresentados praticamente os mesmos argumentos e documentos na atual fase de recurso;

dd) no que diz respeito ao saldo de R\$ 69.270,44 na conta do convênio [peças 31, p. 22, e 32, p. 7] quando o recorrente deixou a função de fiscal da obra, a assertiva não foi acompanhada de documentos comprobatórios. Por sinal, o ora recorrente ocupou a função de fiscal do Convênio 656.983/2009 entre 7.6.2010 e 3.1.2012 (peça 60, p. 6);

ee) uma vez reduzido o valor do débito pela decisão que vier a ser proferida, cabe a redução da multa aplicada com fulcro no artigo 57 da Lei 8.443/1992. Por sua vez, em relação à multa aplicada com fulcro no artigo 58 da Lei Orgânica/TCU, não cabe propor sua redução nesta instrução, vez que não guarda relação direta e estrita com o débito imputado, sendo discricionariedade do relator e do colegiado avaliar se estão presentes elementos que ensejam também sua redução;

ff) das análises anteriores, conclui-se que:

“a) a responsabilidade solidária do recorrente pelo débito apurado nos autos decorreu de sua conduta enquanto fiscal das obras/serviços realizados, mostrando-se correta e legal;

b) não incumbe ao fiscal da obra o pagamento de despesas, não sendo diretamente responsável pela ausência de nexo de causalidade entre a totalidade dos recursos recebidos pelo município e a movimentação da conta bancária do convênio;

c) o débito a ser imputado ao recorrente compõe-se do superfaturamento apurado pela Secex/TO e do valor que recebeu a título de pagamento pela fiscalização das obras, mas com recursos do convênio;

d) a Lei Orgânica, o Regimento Interno e a legislação correlata não obrigam a produção de laudo pericial a suportar a quantificação do débito apurado em sede de tomadas de contas especiais, o que não impede que o próprio responsável providencie este, ou outros meios de prova, a fim de demonstrar a correção de sua conduta na gestão dos recursos geridos.”

De outra parte, os fundamentos aduzidos pelo corpo dirigente da Serur para excluir do débito imputado ao sr. Marcelo Gomes de Sousa somente o valor de R\$ 26.461,23, correspondente à última medição realizada (peça 29), são os que seguem, em suma (peças 166 e 167, grifos no original):

a) a Prefeitura Municipal de Silvanópolis celebrou, em **10.5.2010**, contrato de prestação de serviços com a empresa Taboção Ltda., no valor de **R\$ 1.256.082,51**, para a construção, em 9 (nove) meses a partir da assinatura do contrato, da escola de Educação Infantil do Proinfância Tipo – B na cidade de Silvanópolis -TO, de acordo com especificações e condições contidas no Edital da Tomada de Preços 1/2010 e em seus anexos (peça 13, pp. 1/2 e 5, Cláusulas Primeira à Quarta);

b) referido contrato teve os seguintes Termos Aditivos - TA:

<b>TA</b>	<b>Data</b>	<b>Motivo</b>	<b>Prazo de vigência</b>	<b>Peça</b>
1° TA	23/3/2011	Requerimento de 17/3/2001 da empresa - <b>falta de material</b> em decorrência das chuvas	10/10/2011	13, p. 16
2° TA	7/10/2011	Insuficiência do prazo <b>para a conclusão da obra</b> em virtude de deficiência de mão de obra	30/4/2012	13, p. 17
3° TA	2/2/2012	Acréscimo na obra	30/4/2012	13, p. 18/20
4° TA	9/4/2012	Insuficiência do prazo <b>para a conclusão da obra</b> em virtude de deficiência de mão de obra	31/12/2012	13, p. 21

c) os atestos nos boletins de medição constam na tabela abaixo:

<i>Peça</i>	<i>Nota fiscal</i>		<i>Atesto</i>			
	<i>valor</i>	<i>Data</i>	<i>Valor</i>	<i>Acumulado</i>	<i>Data</i>	<i>OBS</i>
15	100.000,00	04/06/2010	100.000,00	100.000,00	04/06/2010	
16	160.078,04	08/07/2010	160.078,04	260.078,04	08/07/2010	
17	42.142,72	10/08/2010	44.595,47	304.673,51	09/08/2010	
18	28.532,36	03/09/2010	30.192,97	334.866,48	02/09/2010	
19	98.762,39	08/10/2010	104.510,46	439.376,95	06/10/2010	
20	70.833,76	10/11/2010	70.833,76	509.445,18	08/11/2010	
21	109.019,23	17/12/2010	115.364,26	624.809,45	16/12/2010	
22	115.696,15	17/03/2011	122.429,78	746.213,85	-	
23	94.601,56	26/04/2011	100.107,47	849.446,43	-	
24	101.175,57	24/05/2011	107.064,09	956.510,52	-	Sem assinatura do fiscal
25	19.848,53	01/05/2011	21.003,73	977.514,25	-	Sem assinatura do fiscal
26	170.884,57	30/07/2011	180.830,20	1.156.484,11	-	
27	39.912,08	16/08/2011	42.235,00	1.198.719,11	-	
28	28.362,47	01/11/2011	30.002,61	1.229.247,84	-	
29	25.005,87	27/12/2012	26.461,23	1.255.709,07	-	Assinatura de outro fiscal
<b>Soma</b>	<b>1.204.855,30</b>		<b>1.255.709,07</b>			

d) por meio de inspeção in loco realizada pelo TCU no período de 11 a 13.7.2012, a equipe detectou o seguinte (peça 60 – instrução elaborada no âmbito da Representação – TC 037.712/2011-0):

#### **“5.5. Conclusão**

e) flagrante descompasso entre o estágio da edificação existente, com base na Inspeção realizada por equipe do TCU, e os dados do último boletim de medição apresentado;

f) o fato de que os únicos pagamentos que ingressaram em conta bancária da suposta contratada só ocorreram nos meses de junho, agosto e outubro de 2010, representando ao todo pouco mais de 16% (R\$ 206.922,19) do valor nominal explicitado no contrato (R\$ 1.267.989,55) aparentemente ficto, fato que implica justa dedução de que tais ingressos foram tão somente para cobrir os encargos tributários havidos pela emissão dos documentos fiscais e eventual remuneração pelo ardil;

[...]

## **6. Achado 2: Superfaturamento da obra de construção da escola de educação infantil**

### **6.1. Situação encontrada**

Ao realizarmos a inspeção física na obra, identificamos que a mesma encontra-se paralisada.

Ao compararmos os serviços executados com a posição percentual do último boletim de medição pago, foram identificadas discrepâncias quantitativas na execução de 182 itens dos serviços, evidenciando, assim, a inserção de informações falsas nos boletins de medições que serviram de suporte para os pagamentos realizados.

Conforme quadro a seguir, e detalhamento na peça 38, apuramos um superfaturamento em valores nominais de R\$ 285.487,02, em decorrência de pagamentos por serviços não executados:

## **7. Achado 3 - Desvio de recursos financeiros da conta do Convênio n. 656983/2009**

### **7.1. Situação encontrada**

No início dos trabalhos, chamou a atenção da equipe de fiscalização uma incomum movimentação financeira da conta do convênio (C/C 9.364-5, Agência 3980-2, do Banco do Brasil S.A.), a qual apresentava a existência de 38 cheques descontados na 'boca do caixa', no montante de R\$ 1.079.929,57.”

e) após essa breve digressão, cumpre-nos delimitar a responsabilidade de Marcelo Gomes de Sousa: na qualidade de fiscal da obra, não lhe pode ser atribuída a responsabilidade pela comprovação do nexo financeiro, pois não era gestor, tampouco fora o responsável pelos saques realizados na “boca do caixa”, conforme item 12, “d”, do voto condutor do Acórdão 2.333/2012 – Plenário (peça 63, p. 2, do TC 037.712/2011-0 – Representação apensa);

f) assim sendo, sua responsabilidade está relacionada à sua atribuição de fiscal da obra e encontra embasamento legal nos seguintes dispositivos da Lei 8.666, de 1993:

### **“Seção IV Da Execução dos Contratos**

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes. (destaques inseridos)”

g) por sua vez, o Contrato 40/2010 de prestação de serviços de engenharia, celebrado entre a municipalidade e a empresa Tabocão, também estipulava os poderes-deveres do fiscal da obra, verbis [peça 13]:

**“CLÁUSULA TERCEIRA - DAS OBRIGAÇÕES**  
Compete à CONTRATADA:

[...]

c) reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato no qual se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados;

d) providenciar o livro 'DIÁRIO DE OBRAS', para as anotações da fiscalização do CONTRATANTE e do Responsável Técnico da CONTRATADA, no tocante ao andamento dos serviços contratados e problemas detectados, com o estabelecimento, inclusive, de prazo para sua correção;

[...]

Compete ao CONTRATANTE:

[...]

c) receber e conferir o objeto do contrato, consoante as disposições estabelecidas;

[...]

**CLÁUSULA QUARTA - DO LOCAL, DAS CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO E RECEBIMENTO DO OBJETO**

[...]

**PARÁGRAFO OITAVO** - A fiscalização do CONTRATANTE solucionará todos os impasses quanto à substituição ou não de peças ou materiais, no todo ou em parte irrecuperáveis, ficando a seu cargo os critérios para tal. Qualquer alteração feita ao Projeto Executivo, após aprovação do CONTRATANTE, deverá ser registrada no livro 'Diário de Obras'.

**PARÁGRAFO DÉCIMO** - À fiscalização do CONTRATANTE fica assegurado o direito de:

a) exigir o cumprimento de todos os itens e subitens do Projeto Executivo;

b) rejeitar todo e qualquer serviço mal executado ou material de qualidade inferior ou diferente ao especificado em Projeto Executivo, estipulando prazo para a sua retirada e refazimento do serviço, sob ônus da CONTRATADA.

**PARÁGRAFO DÉCIMO SEGUNDO** - A Fiscalização do CONTRATANTE acompanhará a execução dos serviços e examinará os materiais recebidos na obra, antes de suas aplicações, decidindo sobre aceitação ou rejeição dos mesmos."

h) como se vê, Marcelo Gomes de Sousa, na qualidade de engenheiro civil e fiscal, tinha um rol completo de atribuições, devendo, ao menos, acompanhar a obra, registrar no "diário de obras" o andamento dos serviços e os problemas detectados na execução do contrato e estabelecer prazo para a correção dos serviços; até porque "o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei", constituiria motivo para a rescisão do contrato celebrado com a empresa Tabocão, nos termos do artigo 78, caput, c/c inciso VIII, da Lei 8.666, de 1993;

i) não se pode olvidar que os Auditores deste TCU detectaram, no período **de 11 a 13.7.2012**, data na qual Marcelo já tinha assinado quase todos os boletins de medição (vide tabela supra), "o flagrante descompasso entre do estágio da edificação existente", discrepâncias quantitativas na execução de 182 itens dos serviços e a paralisação da obra (peça 60, p. 3/4, itens 5.5, "e", e 6.1);

j) assim, Marcelo Gomes de Sousa deve ser responsabilizado pelo débito apurado nos autos, visto que, com sua conduta comissiva, contribuiu para o dano ao erário, haja vista que a fase de liquidação da despesa, consubstanciada pelos atestos nos boletins de medição, é a fase que precede o pagamento da despesa;

k) resta, no entanto, definir o quantum do débito deve ser atribuído ao fiscal, visto que não assinou os boletins de medição **24, 25 e 29 (último boletim)**;

*l) em princípio, Marcelo deveria ser responsabilizado somente pela importância de R\$ 1.101.180,02, valor esse correspondente à soma dos boletins que tiveram seu atesto;*

*m) entretanto, os atestos realizados por Marcelo nos boletins de medição 26, 27 e 28 convalidaram a sua responsabilidade em relação aos boletins 24 e 25. É que o engenheiro fiscal, quando atestou os boletins 26, 27 e 28, ratificou os serviços realizados nesses, assim como nos boletins 24 e 25;*

*n) nessa lógica, o único débito que não lhe pode ser atribuído é o referente ao boletim de medição 29, medição final, pois o recorrente não o atestou, tampouco atuou posteriormente validando-o;*

*o) assim, Marcelo deve ser responsabilizado, solidariamente, pelo débito de R\$ 1.229.247,84, importância essa referente às 14 (catorze) primeiras medições. De outras palavras, somente exclui-se a responsabilidade do recorrente em relação à medição final de R\$ 26.461,23 (peça 29);*

*p) por fim, esclareço que Marcelo registrou, no Crea/TO, a ART referente à obra no valor de R\$ 14.000,00 (peça 41). Tendo em vista que não era responsável pela comprovação do nexo financeiro nos pagamentos, não vejo como atribuir-lhe responsabilidade pelos depósitos dos cheques em sua conta;*

*q) feitas essas considerações, dirijo da proposta do auditor federal para conhecer do recurso de reconsideração interposto por Marcelo Gomes de Sousa e, no mérito, excluir do débito lhe imputado pelo Acórdão 1.011/2014-Plenário somente o valor de R\$ 26.461,23, correspondente à última medição realizada.*

*Com as vênias de estilo, o Ministério Público de Contas entende que, para fins de recomposição dos cofres públicos, o recorrente deve responder **apenas** pela importância de **R\$ 285.487,02**, que corresponde exatamente “às discrepâncias quantitativas na execução de 182 itens dos serviços”, vale dizer, ao pagamento de serviços não executados, como estruturas de concreto, esquadrias, instalação de vidros, cobertura, impermeabilização, revestimentos, pintura, acessórios, instalações elétricas, eletrônicas, hidráulicas e sanitárias, entre outros (peças 38 e 60, p. 4).*

*Por imperativo lógico, as medições de um contrato devem identificar precisamente os serviços executados, os quais somente podem ser pagos em sua totalidade mediante evidência documental de sua realização, de acordo com a qualidade prevista no edital da licitação e após o efetivo controle dos fiscais do contrato (Acórdãos 173/2012 e 265/2010, ambos do Plenário).*

*Na expedição de boletins de medição, para o fim de pagamento de faturas de obras ou serviços, estes devem estar perfeitamente identificados e seus quantitativos lançados com a exatidão correspondente à efetiva execução (Acórdão 1.552/2002 – Plenário).*

*Isso porque a liquidação da despesa não é mera formalidade, mas ato destinado a avaliar se as cláusulas contratuais foram cumpridas, gerando, assim, a obrigação de pagamento para a administração (Boletim de Jurisprudência 38/2014).*

*Daí a liquidação irregular da despesa conduzir à responsabilização solidária da empresa beneficiária e do agente público encarregado do recebimento dos serviços contratados e indevidamente prestados (Acórdão 2.539/2009 – 1ª Câmara).*

*O registro da fiscalização é ato vinculado, fundamental para procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado, o qual propicia aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas (Acórdão 226/2009 – Plenário).*

*Nesse contexto, a efetivação de pagamentos sem contraprestação de serviços ou fornecimento de material caracteriza desvio de recursos públicos e fraude contra a administração (Acórdão 2.148/2008 – Plenário).*

É, portanto, inequívoca a responsabilidade do sr. Marcelo Gomes de Sousa pela reparação do dano atinente à parcela de R\$ 285.487,02, acerca da qual a equipe de inspeção desta Corte de Contas fez o seguinte relato, em julho/2012 (peça 60, p. 4):

“Ao realizarmos a inspeção física na obra, identificamos que a mesma encontra-se paralisada.

Ao compararmos os serviços executados com a posição percentual do último boletim de medição pago, foram identificadas discrepâncias quantitativas na execução de 182 itens dos serviços, evidenciando, assim, a inserção de informações falsas nos boletins de medições que serviram de suporte para os pagamentos realizados.

Conforme quadro a seguir, e detalhamento na peça 38, apuramos um superfaturamento em valores nominais de R\$ 285.487,02, em decorrência de pagamentos por serviços não executados:

ITEM	GRUPO DE SERVIÇOS	Valor Superfaturado (R\$)
03.02.000	ESTRUTURAS DE CONCRETO	73.115,48
04.00.000	ARQUITETURA E ELEMENTOS DE URBANISMO	16.470,85
04.01.300	ESQUADRIAS	21.608,27
04.01.400	VIDROS	451,43
04.01.500	COBERTURA	306,67
04.01.600	IMPERMEABILIZAÇÃO	10.654,04
04.01.700	REVESTIMENTO	16.268,02
04.01.730	PAVIMENTAÇÃO	11.942,75
04.01.740	SOLEIRAS, RODAPÉS E PEITORIS	11.490,24
04.01.750	PINTURA	3.014,38
04.01.800	SERVIÇOS COMPLEMENTARES	46.352,62
05.00.000	INSTALAÇÕES HIDRÁULICAS E SANITÁRIAS	25.351,14
05.03.900	ACESSÓRIOS	744,92
06.00.000	INSTALAÇÕES ELÉTRICAS E ELETRÔNICAS	34.880,90
06.09.000	INSTALAÇÕES DE REDE ESTRUTURADA	10.027,70
07.04.000	VENTILAÇÃO MECÂNICA	2.807,63
<b>Valor total apurado</b>		<b>285.487,02</b>

(...)”

É certo que a prestação de contas deve demonstrar não só a execução do objeto pactuado no convênio, mas também o nexo de causalidade, por meio do vínculo estrito entre os recursos federais repassados e as despesas incorridas para a consecução do objeto conveniado, sem o que não há comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos (Acórdão 997/2015 – Plenário).

Também é certo que, em regra, nos casos de tomada de contas especial instaurada por inexecução parcial do objeto do convênio, a quantificação do dano ao erário deve levar em consideração o percentual das realizações físicas das obras e serviços constantes do plano de trabalho, a existência de nexo de causalidade entre a execução física e a financeira e, ainda, o grau de utilidade da parte executada para o público a ser beneficiado pela avença (Acórdão 3.429/2014 – 1ª Câmara).

No bojo do recurso de reconsideração, o sr. Marcelo Gomes de Sousa alegou, em 25.6.2014, que “o objeto finalístico do contrato pactuado restou cumprido” (peça 150, p. 4). Anteriormente, em sede de alegações de defesa apresentadas em 9.4.2013, afirmara que a obra estava “95% concluída” (peças 111, p. 1, e 112, p. 33).

A integral construção da unidade escolar de educação infantil, porém, não restou provada.

A citação do sr. Marcelo, vale lembrar, foi realizada nos moldes a seguir (peça 72):

**“Ato impugnado:** considerando o quadro de ilícitos evidenciado nestes autos, principalmente a realização de saques em espécie na conta única, as incongruências entre as informações inseridas nos boletins de medição em contraponto com a verificação *in loco*, a realização de pagamentos à contratada por serviços não executados, assim como a não possibilidade de se firmar nexo de causalidade entre os saques da conta do convênio e o objeto supostamente realizado, além da ausência de fiscalização da execução contratual, referente ao Convênio 656.983.

**Dispositivos violados:** IN/STN 1/1997.”

Ante o que consta dos autos, compõem o débito de R\$ 285.487,02 “as incongruências entre as informações inseridas nos boletins de medição em contraponto com a verificação *in loco*”, “a realização de pagamentos à contratada por serviços não executados” e a “ausência de fiscalização da execução contratual”.

Ocorre que a realização de saques em espécie na conta única e a não possibilidade de se firmar nexo de causalidade entre os saques da conta do convênio e o objeto supostamente realizado, ocorrências determinantes, no caso concreto, da condenação dos responsáveis solidários pelo valor total transferido, configuram irregularidades alheias à alçada do engenheiro fiscal.

Como bem ponderou o sr. Auditor da Serur (peça 165, item 7.16), a movimentação financeira dos recursos recebidos do FNDE foi realizada somente pelo ex-Prefeito e pelo ex-Secretário Municipal de Finanças (peça 116, p. 11, item 40, v).

Conforme anotação à peça 60, p. 7, item 7.1, “no início dos trabalhos, chamou a atenção da equipe de fiscalização uma incomum movimentação financeira da conta do convênio (c/c 9.364-5, Agência 3980-2, do Banco do Brasil S.A.), a qual apresentava a existência de 38 cheques descontados na ‘boca do caixa’, no montante de R\$ 1.079.929,57”.

Ainda de acordo com os autos, a equipe de fiscalização identificou “o desvio de recursos no montante de R\$ 737.383,70, conforme tipologia demonstrada na figura a seguir: [peça 60, p. 10]”.

Diferentemente do posicionamento à peça 165, o Ministério Público de Contas defende que a condenação do recorrente não incluía a importância de **R\$ 14.500,00**.

Nesse particular, a Secex/TO anotou o seguinte (peça 116, item 38):

“iii) (...) o profissional [sr. Marcelo] recebeu pagamentos para o exercício da fiscalização da obra (peça 41) tanto da Prefeitura de Silvanópolis/TO (R\$ 3.500,00, conf. peça 35), quanto por valores que deveriam ser destinados à construtora Tabocão como pagamentos por serviços realizados, medidos e atestados pelo fiscal da obra (R\$ 14.500,00; sendo R\$ 5.000,00 decorrentes do valor sacado por meio do cheque 850038, conf. peça 50, p. 1; R\$ 7.000,00 a partir do saque do cheque 850062, conf. peça 52, p. 2 e, R\$ 2.000,00 por meio do saque havido com o cheque 850063, conf. peça 53, p. 2) induzem à segura presunção de conluio do defendente com gestores municipais e com a construtora, fatos que atentaram contra o interesse público e ocasionaram prejuízo ao erário federal.”

*O escalão dirigente da Serur ressaltou que (peças 166 e 167):*

*“20. (...) Marcelo registrou no Crea-TO a ART referente à obra no valor de R\$ 14.000,00 (peça 41). Tendo em vista que não era responsável pela comprovação do nexos financeiro nos pagamentos, não vejo como atribuir-lhe responsabilidade pelos depósitos dos cheques em sua conta (vide item 4 desta instrução).”*

*De fato, não cabe, em princípio, responsabilizar o recorrente pelo valor dos cheques depositados em sua conta.*

*A esse respeito, a jurisprudência desta Corte caminha no seguinte sentido:*

*“O terceiro que recebe pagamento da Administração pela prestação de serviços ou fornecimento de bens não tem o dever de prestar contas dos valores recebidos, pois não é, nessa condição, gestor de recursos ou bens públicos.” (Acórdão 1.085/2015 – Plenário)*

*“O terceiro que recebe pagamento da Administração pela prestação de serviços ou fornecimento de bens não tem o dever de prestar contas dos valores recebidos, pois não é, nessa condição, gestor de recursos ou bens públicos. Cabe ao TCU o ônus de provar que o terceiro beneficiário do pagamento concorreu de alguma forma para o cometimento do dano apurado. Os responsáveis por demonstrar a regularidade das despesas são os gestores que autorizaram os pagamentos inquinados.” (Acórdão 5.344/2014 – 1ª Câmara)*

*Não consta dos autos cópia do contrato de fiscalização firmado entre o município e o sr. Marcelo Gomes de Sousa, nem de sua eventual renovação, e o recorrente afirma que “os valores de honorários recebidos pelo Engenheiro Fiscal são compatíveis com a ART de Fiscalização” (peça 150, p. 8).*

*A ART 4761201100193810 de fiscalização da obra, vale destacar, data de 14.6.2010, ou seja, é contemporânea ao contrato firmado com a empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda. (10.5.2010, peça 13, p. 13) e indica honorários no valor de R\$ 14.000,00 (peça 41).*

*O Ministério Público de Contas manifesta-se, pois, pelo conhecimento e pelo provimento parcial do recurso, para reduzir o débito imputado ao sr. Marcelo Gomes de Sousa ao valor de R\$ 285.487,02, a contar de 4.3.2011, além de reduzir, proporcionalmente, a multa que lhe fora aplicada com fundamento no artigo 57 da Lei 8.443/1992.*

### III

*A leitura destes autos permitiu ao Ministério Público de Contas identificar erros materiais no texto do Acórdão 1.011/2014 – Plenário (peça 121), os quais demandam correção, com base na Súmula TCU 145:*

*a) no item III, relativo à identificação dos responsáveis no processo, cabe incluir o nome do sr. Marison de Araújo Rocha, CPF 388.918.591-68 (peça 70);*

*b) no item 9.2.2, alusivo à multa aplicada com base no artigo 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, cabe excluir os nomes dos srs. Aurélio Bonfim Teixeira Sousa e Marcelo Gomes de Sousa, os quais não foram ouvidos em audiência (medidas saneadoras às peças 72 a 84), e incluir o nome do sr. Marison de Araújo Rocha, conforme excerto da proposta de deliberação à peça 120:*

“3. Após a fiscalização, a unidade técnica trouxe aos autos elementos que sustentam os argumentos do Representante. Como apurado, houve restrição ao caráter competitivo da licitação promovida para a construção da escola em causa, Tomada de Preços 1/2010, à qual acorreram 6 empresas, de acordo com a Ata da Comissão de Licitação (peça. 12, pp. 1/3), pois as exigências feitas não encontram respaldo na Lei 8.666/1993, nem na jurisprudência deste Tribunal, porquanto:

(...)

4. Tais constatações ensejaram a audiência do ex-Prefeito Municipal, Sr. Bernardo Siqueira Filho, e do ex-Assessor Jurídico do Município de Silvanópolis/TO, Sr. Marison de Araújo Rocha, cujos argumentos – idênticos – foram refutados devidamente pela Secex/TO, conforme os itens 9/22 da instrução parcialmente reproduzida no Relatório precedente, restando evidenciado o direcionamento da licitação então promovida.

5. Especificamente sobre a atuação do Assessor Jurídico Municipal, concordo com a conclusão técnica, ao assinalar que, além de ter aprovado minuta do edital contendo vícios que contrariavam a legislação, a jurisprudência e a doutrina, ele assumiu, no caso ora apreciado, responsabilidades a mais quando ratificou, posteriormente, todos os atos, decisões e procedimentos adotados no curso TP 1/2010 (peça 12, p. 17), mesmo que tal mister não esteja previsto na lei e, portanto, não estando obrigado a isto, contribuiu decisivamente para a materialização das irregularidades perpetradas.

6. Como bem aponta o Ministério Público junto a este Tribunal, o Tribunal tem entendimento de que o parecerista jurídico deve responder pelos ilícitos quando atuar com dolo ou culpa. A propósito, excerto do voto condutor do Acórdão 4.996/2012 – Primeira Câmara:

(...)”

A proposta de audiência do sr. Marcelo Gomes de Sousa havia sido formulada pela Secex/TO nos autos do TC-037.712/2011-0, ante a ausência de fiscalização na execução dos serviços da obra e o atesto de boletins de medição contendo faturamento de serviços que não foram executados pela empresa construtora (peças 60, p. 17, item 16.4, e 62, p. 12, item 5.2.2). Contudo, o Ministro-Relator dissentiu dessa proposição, ponderando, na proposta de deliberação do Acórdão 2.333/2012 – Plenário, o que segue (peça 63, p. 3):

“22. Ante o contexto de ilícitos demonstrado pela unidade técnica e considerando o raciocínio que ora proponho, as irregularidades que ensejaram a proposta de audiência por parte da Secex/TO, relacionadas ao débito, quais sejam, os atestos nos Boletins de Medição alusivos a serviços não prestados, assim como as autorizações e a realização de pagamentos com base nestes documentos, além da falta de fiscalização da execução contratual, atribuíveis ao Prefeito Municipal e ao Engenheiro Fiscal, devem estar englobadas nas citações a serem promovidas.”

Em momento algum foi ventilada a hipótese de oitiva em audiência do sr. Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, ex-Secretário Municipal de Finanças, seja pela unidade técnica (peças 60 e 61), seja pelo Ministro-Relator do Acórdão 2.333/2012 – Plenário (peças 62 a 64).

c) no item 9.3, pertinente à autorização, desde logo, para cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, cabe incluir a previsão de acréscimo de juros de mora sobre o valor do débito (artigo 19 da Lei 8.443/1992).

#### IV

*Ante o exposto, o Ministério Público de Contas opina:*

*a) pelo conhecimento e pelo provimento parcial do recurso, para reduzir o débito imputado ao sr. Marcelo Gomes de Sousa para o valor de **R\$ 285.487,02**, a contar de **4.3.2011**, além de reduzir, proporcionalmente, a multa que lhe fora aplicada com fundamento no artigo 57 da Lei 8.443/1992;*

*b) pela correção, com base na Súmula TCU 145, dos seguintes erros materiais no texto do Acórdão 1.011/2014 – Plenário (peça 121):*

*b.1) no item III, relativo à identificação dos responsáveis no processo, cabe incluir o nome do sr. Marison de Araújo Rocha, CPF 388.918.591-68 (peça 70);*

*b.2) no item 9.2.2, alusivo à multa aplicada com base no artigo 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, cabe excluir os nomes dos srs. Aurélio Bonfim Teixeira Sousa e Marcelo Gomes de Sousa e incluir o nome do sr. Marison de Araújo Rocha;*

*b.3) no item 9.3, pertinente à autorização, desde logo, para cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, cabe incluir a previsão de acréscimo de juros de mora sobre o valor do débito (artigo 19 da Lei 8.443/1992);*

*c) pela remessa de cópia da deliberação que sobrevier:*

*c.1) ao 2º e ao 3º Ofícios da Defesa do Patrimônio Público e Social, da Procuradoria da República no Estado do Tocantins, objetivando subsidiar a instrução dos Inquéritos Cíveis Públicos 1.36.000.000578/2011-19 e 1.36.000.000038/2012-16 (TC-028.987/2014-4 e TC-037.132/2012-1, apensos);*

*c.2) à Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado do Tocantins, com vistas a subsidiar a instrução dos Inquéritos Policiais 469/2012-4, 472/2012-4 e 215/2013-4 – SR/DPF/TO (TC-029.481/2013-9 e TC-007.169/2013-2, apensos)”.  
5. Considerando que o Ministério Público de Contas identificou a necessidade de corrigir a decisão recorrida por inexatidão material, preliminarmente ao exame de mérito do presente processo, encaminhei os autos ao gabinete do relator **a quo**, Ministro Marcos Bemquerer Costa, para que avaliasse a proposta de correção de inexatidão material formulada pelo MP/TCU.*

6. Foram prolatados os Acórdãos 2.046/2015 e 2.498/2015, ambos do Plenário, incluindo o Sr. Marison de Araújo Rocha dentre os responsáveis que foram multados pelo subitem 9.2.2 do Acórdão 1.011/2014-Plenário.

7. Sobreveio, em sequência, a interposição de recurso de reconsideração do Sr. Marison de Araújo Rocha (peça 198) contra o Acórdão 1.011/2014-Plenário corrigido, por inexatidão material, pelos Acórdãos Plenário 2.046/2015 e 2.498/2015.

8. A Secretaria de Recursos, em pronunciamentos uniformes, examinou o mérito do referido apelo nos seguintes termos:

“INTRODUÇÃO

## “INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 198) interposto pelo recorrente acima identificado contra o Acórdão 1.011/2014 – TCU – Plenário (peça 121) corrigido, por inexatidão material, pelos Acórdãos 2.046 e 2498, ambos de 2015 do Plenário do TCU (peças 170 e 177).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

*9.1. julgar irregulares as contas dos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, Marcelo Gomes de Sousa e da empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea d, da Lei n. 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, do RI/TCU, condenando-os, solidariamente, ao pagamento dos valores abaixo discriminados, fixando prazo de quinze dias para comprovarem perante este Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea a, do RI/TCU) o recolhimento da dívida em favor do FNDE,*

atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora desde as datas de ocorrência dos fatos geradores até a do efetivo recolhimento, de acordo com a regulamentação em vigor:

<b>Data</b>	<b>Valores originais (R\$)</b>
2/3/2010	628.041,25
4/3/2011	628.041,26
<b>TOTAL</b>	<b>1.256.083,51</b>

9.2. aplicar aos responsáveis identificados em seguida as multas previstas nos dispositivos legais a seguir indicados, fixando prazo de 15 (quinze) dias para que comprovem perante este Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea **a** do RI/TCU) o recolhimento dos respectivos valores ao Tesouro Nacional, atualizados na forma da regulamentação vigente, caso o pagamento ocorra após o prazo:

9.2.1. com base no art. 57 da Lei n. 8.443/1992, no valor individual de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, Marcelo Gomes de Sousa e à empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda.;

**9.2.2. nos termos do art. 58, inciso II, da referida lei, no valor individual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa e Marcelo Gomes de Sousa;**

9.3. com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, autorizar a cobrança judicial das dívidas retrocitadas, atualizadas monetariamente desde a data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. com espeque no art. 60 da Lei n. 8.443/1992, c/c art. 270, §§ 1º a 3º, do RI/TCU, considerar graves as infrações cometidas pelos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa e Marcelo Gomes de Sousa, inabilitando-os para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos;

9.5. autorizar a formação de processo apartado, cuja finalidade será apurar a ocorrência indiciária de irregularidades na gestão dos recursos vinculados ao Convênio 700.760/2011 (Siafi/Siconv 669761), bem como o descumprimento de determinação emanada a partir do subitem 9.2 do Acórdão 2333/2012 - TCU - Plenário, juntando-se ao referido processo cópia deste Acórdão, do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamentam, assim como das peças 39, 64, 65, 71 e 114 destes autos;

9.6. remeter cópia deste Acórdão, acompanhada dos respectivos Relatório e da Proposta de Deliberação, à Procuradoria da República no Estado do Tocantins, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei n. 8.443/1992, c/c o § 7º, do art. 209 do RI/TCU.

1.2. Já o Acórdão 2.046/2015 – TCU – Plenário, corrigindo a inexatidão material, dispôs:

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, com fundamento no art. 143, inciso V, alínea d, do Regimento Interno/TCU, c/c o Enunciado n. 145 da Súmula de Jurisprudência predominante no Tribunal, ACORDAM, por unanimidade, em retificar, por inexatidão material, o Acórdão n. 1.011/2014 – TCU – Plenário, prolatado na Sessão de 16/4/2014, Ata n. 12/2014, relativamente ao item 3, onde se lê: “Responsáveis: Srs. Bernardo Siqueira Filho, CPF n. 364.676.851-72, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, CPF n. 388.863.161-00, Marcelo Gomes de Sousa, CPF n. 341.672.691-04, e empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda., CNPJ n. 06.064.333/0001-60.”, leia-se: “Responsáveis: Srs. Bernardo Siqueira Filho, CPF n. 364.676.851-72, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, CPF n. 388.863.161-00, Marcelo Gomes de Sousa, CPF n. 341.672.691-04, Marison de Araújo Rocha, CPF 388.918.591-68, e empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda., CNPJ n. 06.064.333/0001-60.”; **ao subitem 9.2.2, onde se lê: “nos termos do art. 58, inciso II, da referida lei, no valor individual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa e Marcelo Gomes de Sousa”, leia-se: “nos termos do art. 58, inciso II, da referida lei, no valor individual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aos Srs. Bernardo Siqueira Filho e Marison de Araújo Rocha”, e ao subitem 9.3, onde se**

*lê: “com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, autorizar a cobrança judicial das dívidas retrocitadas, atualizadas monetariamente desde a data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor”, leia-se: “com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas retrocitadas, caso não atendidas as notificações”, mantendo-se inalterados os demais termos do acórdão ora retificado, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:*

1.3. *Por sua vez, o Acórdão 2498/2015 – TCU – Plenário, corrigindo também a inexatidão material, assim dispôs:*

*Os Ministros do Tribunal de Contas da União, com fundamento no art. 143, inciso V, alínea d, do Regimento Interno/TCU, c/c o Enunciado n. 145 da Súmula de Jurisprudência predominante no Tribunal, ACORDAM, por unanimidade, em retificar, por inexatidão material, o Acórdão n. 2.046/2015 – Plenário, prolatado na Sessão de 19/8/2015, Ata n. 33/2015, relativamente ao seu subitem 1.7, onde se lê: “Advogado constituído nos autos: não há”, leia-se: “Representação legal: Marison de Araujo Rocha (OAB/TO n. 1336-B) e outros, representando Aurélio Bonfim Teixeira Sousa e Bernardo Siqueira Filho; Renan Albernaz de Souza (OAB/TO n. 5365) e outros, representando Marcelo Gomes de Sousa”, mantendo-se inalterados os demais termos do acórdão ora retificado, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:*

## **HISTÓRICO**

2. *Trata-se Tomada de Contas Especial oriunda de Representação, nos termos do Acórdão 2.333/2012 – Plenário, à vista das irregularidades relacionadas à execução do Convênio 656.983/2009, firmado entre o Município de Silvanópolis/TO e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE para a construção de uma unidade escolar de educação infantil no aludido município.*

2.1. *Após fiscalização realizada por esta Corte, foi constatada a existência de restrição ao caráter competitivo da licitação promovida para a construção da escola, em razão das seguintes ocorrências:*

(a) *disponibilização do edital e seus anexos condicionada ao pagamento de taxa ilegal e abusiva, assim como à coleta do material no endereço da sede do Município, conforme teor dos avisos publicados (peça n. 11, p. 48/49);*

(b) *exigência de taxa (R\$ 300,00) exorbitante e ilegítima para a disponibilização do edital e para habilitação, consoante subitens 2.4 e 4.4, letra c, do edital normativo, o qual era constituído de 36 folhas impressas (peça 11, p. 9-44) e mais um **compact disc** (CD) com os anexos I a III, quais sejam: planilha orçamentária, modelo de cronograma físico e financeiro e projeto executivo (peça 11, p. 25);*

(c) *ausência expedição do Termo de Vistoria Técnica para os prepostos ou representantes enviados por empresas interessadas que não comprovaram, na ocasião da visita, vínculo e/ou prova de registro e quitação no Crea, a exemplo da Cendrela Design e Arquitetura Ltda., HW Construtora Ltda. e E2 Engenharia Ltda., conforme a Ata da Comissão de Licitação (peça n. 12, p. 1), ao fundamento de que o edital não foi observado pelas interessadas; porém, a exigência contida no subitem 3.4, letra g, subitem 4.4, letra d e anexo IX do Edital não possuía fundamento legal;*

(d) *o retardamento da publicação do aviso da licitação no Diário Oficial do Estado do Tocantins (peça n. 11, p. 49), efetivada em 13/04/2010, teve potencial para dificultar a realização da vistoria ao local de obras, prevista para ocorrer em data única (16/04/2010), muito próxima à do anúncio veiculado na imprensa oficial do Estado do Tocantins;*

(e) *a alegação de que a empresa Irmãos Meurer Ltda. não recebeu o correspondente Certificado de Registro Cadastral, em 26/04/2010, por apresentar Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) vencido desde 20/04/2010, como assentado na Ata da Comissão de Licitação da Tomada de Preços 01/2010 (peça n. 12, p. 2), não procedia, pois, em consulta ao sítio eletrônico da Caixa Econômica Federal, verificou-se que a referida empresa estava com certificado renovado e válido na ocasião (peça 37).*

2.2. *Em razão da irregularidade, entendeu esta Corte que o assessor jurídico deveria ser responsabilizado, conforme assentado no voto condutor que se permite transcrever, verbis:*

5. *Especificamente sobre a atuação do Assessor Jurídico Municipal, concordo com a conclusão técnica, ao assinalar que, além de ter aprovado minuta do edital contendo vícios que contrariavam a legislação, a jurisprudência e a doutrina, ele assumiu, no caso ora apreciado, responsabilidades a mais quando ratificou, posteriormente, todos os atos, decisões e procedimentos adotados no curso TP 01/2010 (peça 12, p. 17), mesmo que tal mister não esteja previsto na lei e, portanto, não estando obrigado a isto, contribuiu decisivamente para a materialização das irregularidades perpetradas.*

6. *Como bem aponta o Ministério Público junto a este Tribunal, o Tribunal tem entendimento de que o parecerista jurídico deve responder pelos ilícitos quando atuar com dolo ou culpa. A propósito, excerto do voto condutor do Acórdão 4.996/2012 – Primeira Câmara:*

*‘11. Quanto à responsabilização do parecerista jurídico, este Tribunal tem entendimento firmado de que pode ser ele responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há expressa exigência legal – ou mesmo opinativo. Embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gere, arrecade, guarde e administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista jurídico pode ser arrolado como responsável por este Tribunal, pois o art. 71, inciso II, da Constituição Federal responsabiliza aqueles que derem causa a perda, extravio ‘ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário’.*

12. *Aduz-se, ainda, que a responsabilização solidária do parecerista por dolo ou culpa decorre da própria Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), que, em seu art. 32, dispõe que o ‘advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa’. A disciplina do art. 186 do Código Civil conduz à mesma conclusão, ao estatuir o seguinte: ‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito’. Ademais, complementando o dispositivo citado, o art. 927 do mesmo código traz a seguinte previsão: ‘Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo’. Assim, existindo parecer que, por dolo ou culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que firam princípios da administração pública, poderá haver responsabilização pelas irregularidades e prejuízos aos quais se tenha dado causa.*

13. *O Supremo Tribunal Federal, tratando da responsabilização de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico, admitiu a responsabilidade solidária do parecerista em conjunto com o gestor, conforme voto condutor proferido em julgamento do Plenário (MS 24631/DF, de 9/8/2007, Rel. Ministro Joaquim Barbosa):*

*‘Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso’.*

14. *Em face do exposto, e considerando que o recorrente não se limitou à emissão de parecer jurídico, mas sim, contribuiu decisivamente para o conjunto de atos que resultaram no pagamento indevido (...), permanece o entendimento firmado no acórdão recorrido e, ao não se verificar elementos probatórios capazes de alterar a decisão combatida, concluo por não afastar a responsabilidade do recorrente.’*

2.3. *Neste momento, o recorrente insurge-se contra a deliberação previamente descrita.*

### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

3. *Reitera-se o exame de admissibilidade contido na peça 223-224, ratificado pelo Relator com a suspensão dos efeitos dos itens 9.2.2 e 9.3 do acórdão recorrido (despacho de peça 225).*

**EXAME DE MÉRITO****4. Delimitação**

4.1. *Constitui objeto do presente recurso definir se subsiste a responsabilidade do assessor jurídico pela emissão de parecer que não apontou as irregularidades identificadas por esta Corte na Tomada de Preços 001/2010.*

4.2. *A defesa do assessor jurídico acerca da ausência de sua responsabilidade está sustentada em duas questões centrais que devem ser respondidas, quais sejam:*

*a) se subsistem as irregularidades apontadas no acórdão condenatório que ocasionaram a restrição de competição constatada;*

*b) se houve dolo, erro grosseiro ou culpa grave cometido pelo assessor jurídico na emissão de parecer referente à Tomada de Preços 001/2010.*

*4.3. Entende-se que se a resposta a primeira questão for negativa não subsiste a responsabilidade do recorrente e dispensa-se o exame da segunda questão.*

**5. Das irregularidades que restringiram o caráter competitivo da Tomada de Preços 001/2010.**

5.1. *Defende-se no recurso que não têm sustentação válida as irregularidades que supostamente “alijaram concorrentes do certame licitatório, deixando apenas uma empresa apta a concorrer”.*

5.2. *Os argumentos abaixo sintetizados foram organizados juntando as alegações do recorrente no corpo do recurso e as afirmações descritas no rodapé.*

5.3. *Argumenta o assessor jurídico:*

*(a) em relação à disponibilização do edital somente no endereço da sede do município:*

*(a.1) “isso não tem qualquer sustentação, pois é exigência legal que o extrato do edital indique o local onde o mesmo pode ser adquirido, assim como o telefone do Ente. Porém, essa é uma exigência legal que não se aplica literalmente, uma vez que o Edital invariavelmente é enviado por e-mail aos interessados”;*

*(a.2) “a todos os concorrentes foi dado conhecimento do edital por intermédio de correio eletrônico”, e que o deslocamento somente se fazia necessário em razão da necessidade do pagamento da taxa que todos estariam obrigados;*

*(a.3) a solicitação da guia somente era possível de ser feita na sede da Prefeitura, não haveria outra forma de se fazer tal requerimento, pois o Município não possui sítio na internet para emissão de boleto, nem tampouco convênio para recolhimento dos impostos ou taxas, todas as operações são realizadas manualmente na Prefeitura;*

*(a.4) o deslocamento até Silvanópolis, contudo, não se mostraria imprescindível somente para obtenção da guia, uma vez que ele poderia ser realizado no dia da vistoria técnica.*

*(b) no tocante à exigência de taxa exorbitante e ilegítima”, de R\$300,00, para disponibilização do edital e para habilitação que:*

*(b.1) embora os valores tenham saído dos parâmetros, não houve qualquer impugnação e nenhum interessado deixou de adquiri-lo ou de participar do certame alegando impossibilidade de pagar por ele;*

*(b.2) ao se considerar todos os gastos de um certame licitatório, o valor nem é exorbitante, tampouco ilegítimo e não tem o condão de afastar qualquer licitante, tanto é assim que todas as interessadas adquiriram o edital e sequer contestaram o valor da taxa, não houve ainda pedido de isenção ou diminuição do valor da taxa, assim não houve qualquer intenção de restringir a competição.*

*(b.3) se intenção houvesse haveria outras formas mais eficazes para a restrição, a exemplo de se exigir garantia de 1% do valor da obra;*

*(b.4) a comprovação do pagamento da taxa de R\$300,00 somente era exigível na abertura do envelope 02, o qual continha a documentação exigida.*

(c) no que concerne a exigência do termo de vistoria, subscrito pelo responsável técnico da licitante, como exigência de participação e habilitação na licitação, que:

(c.1) não se vislumbrou qualquer restrição, mas preocupação salutar da administração, uma vez que o terreno da obra apresentava desnível e necessário aterramento que implicaria nos custos da proposta a ser ofertada;

(c.2) é estranha a contestação, ainda mais quando prevista em edital, uma vez que do ponto de vista financeiro era possível a todos que participavam do certame, nesse sentido, “ o responsável técnico, formalmente admitido pela empresa ou com poderes para o ato, pode responder por ela.” Do contrário, seria “ilação vazia, que o ente municipal jamais pode se curvar. (...) Do ponto de vista jurídico, não se pode atribuir responsabilidade a quem não tem poder de decidir. A falta de comprovação de vínculo dos engenheiros com as empresas que se diziam representá-las jamais pode comprometê-las. Foi analisando por esse ângulo que se deu a negativa do termo de vistoria.”

(c.3) “a exigência estava contida no edital e, presume-se, que era do conhecimento do participante. Não foi registrado nenhum protesto ou recurso nesse sentido. Dessa forma, não há motivos para censurar o que não houve oposição.”

(d) referente ao retardamento da publicação do aviso de licitação no Diário Oficial do Estado do Tocantins:

(d.1) a publicação do edital de licitação se deu no dia 31/3/2010 e 1/4/2010 em jornal de grande circulação e no diário oficial do estado, respectivamente, isto é, com um mês de antecedência da sessão de abertura do certame, configurando, assim, o dobro do prazo legal (art. 21, III, Lei 8.666/93), o fato de o extrato ter sido publicado somente no dia 13/4/2010 não retira a legalidade do ato, ante a publicação anterior;

(e) quanto à validade da certidão do FGTS da empresa Irmãos Meurer Ltda, que:

(e.1) na ocasião do julgamento da documentação do certame (28/4/2012), o documento estava vencido (vencimento 20/4/2012), logo, a comissão de licitação em obediência a imparcialidade e legalidade, promover a desclassificação de licitante que não cumpriu requisito do edital;

(e.2) havia nos autos do processo certidão da empresa vencida, que sequer protocolou recurso ao ser informada da situação, assim não caberia ao recorrente buscar outros elementos fora dos autos, mas opinar conforme o que se encontra registrado.

#### **Análise:**

5.4. Sobre as duas primeiras irregularidades (disponibilização do edital somente no endereço da sede do município e cobrança de taxa ilegal e ilegítima) que levaram a se concluir pela restrição ao caráter competitivo do certame, é importante transcrever os subitens 2.1, 2.4 e 4.4, letra “c” do edital (peça 11, p. 10/13), **verbis**:

2.1. Para a entrega do objeto desta licitação, as empresas deverão estar cadastradas e previamente qualificadas na Prefeitura Municipal de SILVANÓPOLIS/TO. O cadastro referido deverá ser feito exclusivamente para esta licitação.

(...)

2.4. Cada licitante, para participar do certame, deverá incluir no envelope contendo sua documentação, o comprovante de aquisição do edital junto à Prefeitura Municipal de SILVANÓPOLIS no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais).

(...)

4.4. O envelope nº 01(um), documentação de habilitação, deverá conter uma via dos documentos indicados no item 2 e seus subitens, e ainda:

(...)

c) Recibo de aquisição do edital;

- 5.5. *Os avisos de licitação publicados no DOU e DOE/TO (peça 11, p. 48-49) especificavam que o edital completo estaria à disposição somente na prefeitura do município.*
- 5.6. *De acordo com a interpretação conjunta dos dispositivos do edital, com o aviso de licitação e a defesa do recorrente, é possível, sem margem a dúvidas, que para se ter acesso ao edital deveriam os interessados:*
- (a) *deslocar-se até o Município de Silvanópolis/TO e comparecer a sede da prefeitura para adquirir o edital, pois não havia outra forma de obtê-lo;*
- (b) *requerer as guias na tesouraria da prefeitura e efetuar o pagamento da taxa de R\$300,00.*
- 5.7. *Entende-se inexistir dúvidas quanto à dificuldade imposta a interessados para simplesmente ter acesso ao edital. Os avisos de licitação publicados no DOU e DOE/TO (peça 11, p. 48-49) especificavam que o edital completo estaria à disposição somente na prefeitura do município e para obtê-lo, conforme descrito no subitem 2.1 as empresas deveriam promover o prévio cadastro e qualificação. Das exigências percebe-se que não haveria como não comparecer à sede do município e se qualificar. Registra-se que todo este esforço somente para se ter acesso ao edital.*
- 5.8. *É inequívoco o estabelecimento de procedimento dificultoso não previsto em lei, diga-se, somente para se conhecer o objeto do certame. Agrava a situação e confirma a intenção de se dificultar o acesso ao conhecimento do que se estava a licitar, o fato de que seria possível disponibilizar o edital e demais elementos que o constituíam por meio de correspondência eletrônica (e-mail), inclusive admitido nos autos pelo recorrente e pela gestão do município.*
- 5.9. *Ora, se existia tal possibilidade, e ainda que o município não tivesse sítio na internet, o que impediria de fazer constar nos avisos que o inteiro teor do edital poderia ser obtido por meio de solicitação no endereço de correio eletrônico do município?*
- 5.10. *Não é demais lembrar que nos certames licitatórios busca-se a proposta mais vantajosa para a Administração e quanto mais interessados tenham acesso ao edital, e por consequência ao certame licitatório, maior a probabilidade de se obter uma proposta que melhor se adegue aos interesses da administração pública.*
- 5.11. *O estabelecimento de procedimento dificultoso, repita-se, ilegal, afasta e não desperta o interesse de empresas do ramo, especialmente as não sediadas em Silvanópolis/TO ou em cidades próximas, uma vez que somente para conhecer e estudar o objeto e suas condições já tenham que superar diversos obstáculos.*
- 5.12. *Tais condições já seriam, por si suficientes, para demonstrar o caráter restritivo e intencional das condições criadas, mas associadas a este rito dificultoso exigiu-se ainda o pagamento de taxa no valor de R\$300,00. A cobrança para participação impõe, sim, obstáculo não previsto em lei e deve ser combatida. Tanto é assim que a própria legislação vedou de forma expressa tal prática (§ 5º do art. 32 da Lei 8.666/1993). Se possível disponibilizar o edital por e-mail sem nenhum custo porque não fazê-lo. Não há razão para submeter os interessados a encargo desnecessário e restringir de forma indesejada a competição.*
- 5.13. *Entende-se que os argumentos do recorrente não prosperam, por certo que o extrato do edital deve indicar o local no qual ele pode ser adquirido, acessado ou obtido, o que se está a dizer que o que é indevido foi a forma e o rito exigidos para se ter acesso a ele. Conforme já abordado, se informado que qualquer interessado pudesse ter acesso ao edital solicitando-o por e-mail à prefeitura nenhuma ilegalidade haveria, mas não foi o*

*que ocorreu no caso concreto, e, como exposto, foram impostos obstáculos deveras dificultosos aos interessados.*

- 5.14. *Assim, o rito desautorizado por lei para obtenção do edital associado à cobrança ilegal e ilegítima de taxa configuram irregularidades que restringiram o caráter competitivo. Não se pode alegar que se trata de erro escusável, trata-se de erros que deveriam ter sido identificados por uma análise jurídica prudente e criteriosa do edital.*
- 5.15. *Sobre a exigência de garantia abordada, entende-se que não é o caso de discuti-la, pois não serviu de fundamento para condenação.*
- 5.16. *Quanto à terceira irregularidade (exigência do termo de vistoria, subscrito pelo responsável técnico da licitante, como exigência de participação e habilitação na licitação), transcreve-se o subitem 3.4, letra g e subitem 4.4, d e anexo IX do edital (peça 11, p.*
- 3.4 - *Documentação relativa à Qualificação Técnica consistirá em:*
- (...)
- g) *Declaração de visita aos local dos serviços, realizada pelo responsável técnico da empresa, mediante apresentação da documentação comprobatória, a qual deverá ser feita no dia 16 de abril de 2010 em horário a ser marcado com a Comissão Permanente de Licitação através do telefone: (63) 3542-1300.*
- 5.17. *Importante mencionar que o acórdão recorrido não combateu a vistoria em si, mas a exigência de que a vistoria somente seria aceita se realizada por prepostos que comprovassem na ocasião vínculo e/ou prova de registro e quitação no CREA, a exemplo do que afetou as empresas Cendrela Design e Arquitetura Ltda., HW Construtora Ltda. e E2 Engenharia Ltda., conforme a Ata da Comissão de Licitação (peça 12, p. 1).*
- 5.18. *Por se mostrar oportuno, permite-se transcrever trecho do relatório que sustentou a deliberação combatida, **verbis**:*
- 16.** *Reiterando o que já está consignado em instrução precedente (peça 60, p. 2), a exigência de que a visita fosse realizada por engenheiro qualificado como responsável técnico da empresa interessada não possui fundamento legal, conforme atesta o Voto condutor do Acórdão 800/2008 - TCU - Plenário. Ademais, os dispositivos editalícios não facultaram, para atender ao art. 30, inciso III, da Lei 8.666/1993, a substituição do atestado por declaração formal, emitida pelo responsável técnico, de que tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos, assumindo total responsabilidade pela operação, conforme admitido no Acórdão TCU 1174/2008 - Plenário.*
- 5.19. *Entendeu-se, com razão, que “o rigor e a seriedade supostamente objetivados tiveram efeito diametralmente oposto, pois inviabilizaram a participação de outros licitantes” o que ao invés de ampliar o ambiente concorrencial, princípio central das licitações públicas, acabou por restringi-lo.*
- 5.20. *Nesse sentido, também não prosperam os argumentos do recorrente, enfatiza-se, que a exigência de vistoria não foi entendida como condição restritiva, mas a exigência de ser realizada por preposto que comprovasse vínculo e quitação com CREA é que se mostrou indevida.*
- 5.21. *Tal situação se mostrou prejudicial à competição e também não deveria ter subsistido a exame jurídico criterioso.*
- 5.22. *No tocante à quarta irregularidade (retardamento da publicação do aviso de licitação no Diário Oficial do Estado do Tocantins), é importante destacar que foram dois os pontos questionados, o primeiro refere-se a data única, a estipulação de uma única data,*

por certo, limita o prazo para comparecimento e afasta os interessados, assim dispôs o relatório do acórdão, **verbis**:

17. A questão da data única (16/4/2010) para a realização da vistoria prévia do local onde seriam realizadas as obras, bem como emitido o correspondente termo comprobatório, exigido para fins de habilitação, não é atenuada pela publicação em outros veículos antes da publicação havida no DOE/TO, confirmada em 13/4/2010. O cerne da questão é que exigência extremada para tanto limita sobremaneira a possibilidade de atendimento por parte de muitos interessados, mesmo que sejam sediados no Município ou contíguos a ele. Tal exiguidade é injustificável, atenta contra os princípios da Lei Geral de Licitações e é condenada pela jurisprudência desta Corte de Contas (Sumário do Acórdão 890/2008 – Plenário).

5.23. O segundo ponto abordado pelo acórdão é que a restrição foi potencializada com a publicação do extrato efetivada em 13/04/2010, mas, de fato, o que se condenou e se entendeu como restritivo à competição foi a definição de uma data única para a vistoria do local das obras.

5.24. Dessa forma, não procedem os argumentos de não se ver restrição na exigência.

5.25. Com relação à validade da certidão do FGTS da empresa Irmãos Meurer Ltda, entende-se que em relação ao recorrente a irregularidade pode ser relevada, de fato, não caberia ao assessor jurídico, na ocasião do julgamento da documentação do certame (28/4/2012) e se não realizada por outros servidores com esta atribuição, buscar fora dos autos documentos comprobatórios da situação jurídica de licitante. Assim, não há em relação a esta irregularidade responsabilidade do assessor jurídico.

5.26. Ainda que afastada tal irregularidade, persistem as demais que originaram a condenação, a gravidade, a nosso sentir, das restantes é suficiente, para que numa avaliação sistemática, seja mantida a condenação, por isso, entende-se que a parte dispositiva do acórdão e a dosimetria da multa devam ser mantidas.

5.27. Ante o exposto, entende-se subsistem quatro irregularidades constantes do edital que restringiram o caráter competitivo do certame licitatório e que deveriam ter sido detectadas no exame jurídico da minuta do edital.

## **6. Da participação do recorrente com dolo, erro grosseiro ou culpa grave.**

6.1. Defende com base nos apontamentos da primeira questão posta que não se pode sugerir que o recorrente tenha praticado dolo, erro grosseiro ou culpa grave cometido na aprovação dos atos referentes à Tomada de Preços 001/2010.

6.2. Afirma ser necessário que se analise a responsabilidade e a existência do nexo de causalidade entre os embasamentos de um parecer não plausível, omissivo ou tendencioso, e a possibilidade de ocorrência do dano.

6.3. Dessa forma “não caberia ao interprete julgar a motivação do parecer, mas tão somente a ocorrência de intenção deliberada da prática delituosa de prejudicar, ou a ocorrência de imprudência, imperícia ou negligência, ou seja, evidências de dolo ou culpa grave.”

6.4. Ademais “é fundamental a importância de aferir, caso a caso, a existência de dolo ou de culpa, de erro grave, ou de outros elementos capazes de demonstrar a má-fé, a negligência, a imprudência ou a imperícia do parecerista.”

6.5. As “figuras jurídicas não encontram evidenciadas, a título de fundamentação, no Acórdão recorrido. No Acórdão não é apontada de forma pormenorizada a forma como se deu o nexo de causalidade entre o dolo ou culpa grave e o dano ao erário.”

6.6. *Nesse sentido cita precedentes do STF e de outros tribunais (MS-STF 24073/DF, MS-STF 24.631/DF, AG-TRF-1ª/TO 8101, AG-TRF-1ª/TO 12653, AG-TRF-1ª/AM 3263) e conclui que “a prática de agente que tenha causado dano ao erário, ainda que fundamentado em parecer jurídico, não gera como consequência necessária a responsabilização do profissional que subscreveu a peça jurídica. Para a responsabilização, é imprescindível o nexo de causalidade entre o dolo ou a culpa grave e o dano causado aos cofres públicos.”*

6.7. *Alega, ainda, que:*

a) *“jamais deve ser atribuída ao recorrente a responsabilidade pela publicação do Extrato do Edital ou atraso na sua publicação, já que essa é uma atribuição da Comissão de Licitação ou outro setor da Prefeitura que paga o documento de arrecadação e envia a matéria para publicação”;*

b) *“Apesar de alegar que houve restrição de competição no certame licitatório, Tomada de Preços n. 2001/2010, o TCU não apresentou qualquer prova neste sentido. Não existe nos autos qualquer denúncia sobre irregularidades na condução da licitação, seja para o TCU, ao Ministério Público ou à Polícia Federal. Não houve nenhuma impugnação ao edital ou recurso, o que se conclui que o certame não restringiu a participação de qualquer que seja a empresa interessada de participar da licitação. Alegação hipotética de restrição de competição, por parte do TCU, não se coaduna com nenhuma prova que demonstre ter havido realmente a irregularidade apontada”*

c) *“não se vislumbra nenhum dolo ou culpa grave por parte do recorrente. O parecer jurídico não possui o poder de induzir o gestor à prática de irregularidades ou quaisquer outros atos que firam princípios da administração pública, como quer o Acórdão combatido.”;*

d) *“As irregularidades perpetradas na execução do contrato jamais podem ser atribuídas a atos anteriores e distintos, sem qualquer nexo causal. Mesmo a licitação acima de qualquer suspeita não tem condão de impedir que ilegalidades sejam cometidas no decorrer da execução do contrato.”*

**Análise:**

6.8. *É possível a responsabilização de parecerista jurídico quando seu parecer, por dolo ou culpa, induzir ou não conter elementos que indique ao administrador público a irregularidade da prática daquele ato.*

6.9. *Esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há expressa exigência legal - ou mesmo opinativo. Embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gere, arrecade, guarde e administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista jurídico pode ser arrolado como responsável por este Tribunal, pois o art. 71, inciso II, da Constituição Federal responsabiliza aqueles que derem causa a perda, extravio “ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”.*

6.10. *O voto condutor do Acórdão 190/2001-TCU-Plenário expõe com precisão a posição deste Tribunal sobre o tema, nos seguintes termos:*

*“O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer do órgão jurídico e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica, por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais antijurídica que fosse, **situação que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos, e poderia levar a um caos generalizado na administração**” (grifos acrescidos).*

6.11. *O Supremo Tribunal Federal, tratando sobre a responsabilização de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico, admitiu a responsabilidade solidária*

do parecerista em conjunto com o gestor, conforme voto condutor proferido em julgamento do Plenário (MS 24.631/DF, de 9/8/2007, Relator Ministro Joaquim Barbosa):

*“B) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso”.* (grifos acrescentados)

6.12. Vale ressaltar que o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/1993 prescreve que as “minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração” (parecer obrigatório). O Ministro Marco Aurélio, ao discorrer sobre a responsabilidade do consultor jurídico, assim se pronunciou no voto condutor do MS 24.584/DF, de 9/8/2007:

*“Daí a lição de Marçal Justen Filho em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, página 392, citada no parecer da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, no sentido de que, ‘ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado’.*

(...)

*Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração Pública. A imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade. Fica sujeita, na Administração Pública, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência. Dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que pratiquem”.* (grifos acrescentados)

6.13. O presente caso amolda-se as situações descritas, o parecer jurídico é obrigatório por lei, logo ao não atentar e alertar o gestor pelas quatro irregularidades, descritas em item precedente desta instrução, que restringiu a competição, o assessor jurídico atuou com culpa e, portanto, passível de penação por esta Corte.

6.14. A culpa consiste exatamente em não exercer o seu mister com a diligência requerida, o parecer jurídico não apontou as irregularidades notoriamente restritivas, não se trata de erro escusável, mas em erro que prejudicou um dos princípios do certame.

6.15. O nexo causal também está perfeitamente caracterizado, se identificadas as restrições e alertado o gestor, as disposições restritivas poderiam não constar do edital, logo há nexo entre a conduta omissiva e a irregularidade.

6.16. Ante o exposto, entende-se subsistir a responsabilidade do assessor jurídico pela ausência em seu parecer de alerta acerca das disposições restritivas do certame licitatório sob exame.

## CONCLUSÃO

7. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) subsistem as irregularidades (disponibilização do edital somente no endereço da sede do município, cobrança de taxa ilegal e ilegítima, exigência do termo de vistoria, subscrito pelo responsável técnico da licitante, como exigência de participação e habilitação na licitação e estipulação de uma única data para realização de vistoria do local da execução do objeto) apontadas no acórdão condenatório que ocasionaram a restrição de competição constatada;

b) ainda que afastada uma das irregularidades (validade da certidão do FGTS da empresa Irmãos Meurer Ltda) no tocante ao recorrente, todos os demais vícios, após exame das razões recursais, persistiram assim, numa avaliação sistemática, entende-se que deve ser mantida a condenação, a parte dispositiva do acórdão e a dosimetria da multa;

c) houve conduta omissiva no sentido de o assessor jurídico na emissão de parecer referente à Tomada de Preços 001/2010, não apontar as cláusulas restritivas à competição.

7.1. Com base nessas conclusões, propõe-se negar **provimento ao recurso**.

### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

8. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 32, I e 33, da Lei 8.443/92 c/c o art. 285, caput, do RI-TCU, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) dar conhecimento às partes e aos órgãos/entidades interessados da deliberação que vier a ser proferida”.

9. O **Parquet**, em derradeira manifestação (peça 229), apresentou parecer integralmente transcrito abaixo:

*“Em pareceres uniformes, a Secretaria de Recursos – Serur apresenta argumentos para o conhecimento e o não provimento do recurso de reconsideração interposto pelo sr. Marison de Araújo Rocha, ex-Assessor Jurídico do município de Silvanópolis/TO, sancionado por meio do Acórdão 1.011/2014 (peça 121), retificado pelos Acórdãos 2.046/2015 e 2.498/2015 (peças 170 e 177), todos do Plenário, com multa no valor de R\$ 10.000,00.*

*Rememorando, a audiência do ora recorrente decorreu da seguinte questão controvertida (peças 64 e 73):*

*“9.4.2. (...) emissão de pareceres jurídicos, o primeiro aprovando edital da licitação na modalidade Tomada de Preços 1/2010 com cláusulas restritivas de competitividade, que culminaram na exclusão de outras prováveis empresas interessadas em participar do certame, e o outro, atestando a regularidade do processamento da referida tomada de preços;” (razões de justificativa à peça 102)*

*Nos termos do voto condutor da deliberação recorrida (peça 120, item 5):*

*“(…) além de ter aprovado minuta do edital contendo vícios que contrariavam a legislação, a jurisprudência e a doutrina, ele assumiu, no caso ora apreciado, responsabilidades a mais quando ratificou, posteriormente, todos os atos, decisões e procedimentos adotados no curso da TP 1/2010 (peça 12, p. 17), mesmo que tal mister não esteja previsto na lei e, portanto, não estando obrigado a isto, contribuiu decisivamente para a materialização das irregularidades perpetradas”.*

*Essas irregularidades foram identificadas no âmbito da execução do Convênio 656.983/2009, firmado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE e a municipalidade, objetivando a construção de uma unidade escolar de educação infantil (peça 30).*

*Em síntese, a unidade técnica especializada pondera que (peça 227):*

*a) a restrição ao caráter competitivo da licitação decorreu das seguintes ocorrências:*

*“(a) disponibilização do edital e seus anexos condicionada ao pagamento de taxa ilegal e abusiva, assim como à coleta do material no endereço da sede do município, conforme teor dos avisos publicados (peça n. 11, p. 48/49);*

*(b) exigência de taxa (R\$ 300,00) exorbitante e ilegítima para a disponibilização do edital e para habilitação, consoante subitens 2.4 e 4.4, letra c, do edital normativo, o qual era constituído de 36 folhas impressas (peça 11, p. 9-44) e mais um **compact disc***

(CD) com os anexos I a III, quais sejam: planilha orçamentária, modelo de cronograma físico e financeiro e projeto executivo (peça 11, p. 25);

(c) ausência de expedição do Termo de Vistoria Técnica para os prepostos ou representantes enviados por empresas interessadas que não comprovaram, na ocasião da visita, vínculo e/ou prova de registro e quitação no Crea, a exemplo da Cendrela Design e Arquitetura Ltda., HW Construtora Ltda. e E2 Engenharia Ltda., conforme a Ata da Comissão de Licitação (peça n. 12, p. 1), ao fundamento de que o edital não foi observado pelas interessadas; porém, a exigência contida no subitem 3.4, letra g, subitem 4.4, letra d e anexo IX do Edital não possuía fundamento legal;

(d) o retardamento da publicação do aviso da licitação no Diário Oficial do Estado do Tocantins (peça n. 11, p. 49), efetivada em 13/04/2010, teve potencial para dificultar a realização da vistoria ao local de obras, prevista para ocorrer em data única (16/04/2010), muito próxima à do anúncio veiculado na imprensa oficial do Estado do Tocantins;

(e) a alegação de que a empresa Irmãos Meurer Ltda. não recebeu o correspondente Certificado de Registro Cadastral, em 26/04/2010, por apresentar Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) vencido desde 20/04/2010, como assentado na Ata da Comissão de Licitação da Tomada de Preços 01/2010 (peça n. 12, p. 2), não procedia, pois, em consulta ao sítio eletrônico da Caixa Econômica Federal, verificou-se que a referida empresa estava com certificado renovado e válido na ocasião (peça 37).”

b) sobre a disponibilização do edital somente no endereço da sede do município e a cobrança de taxa ilegal e ilegítima (subitens 2.1, 2.4 e 4.4, alínea “c”, do edital, peça 11, pp. 10/3):

b.1) os avisos de licitação publicados no DOU e no DOE/TO (peça 11, pp. 48/9) especificavam que o edital completo estaria à disposição somente na prefeitura do município;

b.2) para terem acesso ao edital, os interessados deveriam:

b.2.1) deslocar-se até o Município de Silvanópolis/TO e comparecer à sede da prefeitura para adquirir o instrumento convocatório, pois não havia outra forma de obtê-lo;

b.2.2) requerer as guias na tesouraria da prefeitura e efetuar o pagamento da taxa de R\$ 300,00;

b.3) inexistem dúvidas quanto à dificuldade imposta a interessados para simplesmente terem acesso ao edital;

b.4) não haveria como não comparecer à sede do município e se qualificar, com vistas a ter acesso ao edital;

b.5) é inequívoco o estabelecimento de procedimento dificultoso não previsto em lei;

b.6) seria possível disponibilizar o edital e os demais elementos que o constituíam por meio de correspondência eletrônica (e-mail). Se existia tal possibilidade, e ainda que o município não tivesse sítio na Internet, o que o impediria de fazer constar nos avisos que o inteiro teor do edital poderia ser obtido por meio de solicitação no endereço de correio eletrônico do município?

b.7) nos certames licitatórios, busca-se a proposta mais vantajosa para a Administração;

b.8) o estabelecimento de procedimento dificultoso afasta e não desperta o interesse de empresas do ramo, especialmente as não sediadas em Silvanópolis/TO ou em cidades próximas, uma vez que somente para conhecer e estudar o objeto e as suas condições as empresas já tenham que superar diversos obstáculos;

b.9) a cobrança de taxa no valor de R\$ 300,00 para participação no certame impôs obstáculo não previsto em lei e deve ser combatida. Tanto é assim que a própria legislação vedou de forma expressa tal prática (§ 5º do artigo 32 da Lei 8.666/1993). Se era possível disponibilizar o edital por e-mail sem nenhum custo, por que não fazê-lo? Não há razão para submeter os interessados a encargo desnecessário e restringir de forma indesejada a competição;

b.10) se informado que qualquer interessado pudesse ter acesso ao edital solicitando-o por e-mail à prefeitura, nenhuma ilegalidade haveria, mas não foi o que ocorreu no caso concreto, em que foram impostos obstáculos deveras difíceis aos interessados;

b.11) assim, o rito desautorizado por lei para obtenção do edital e a cobrança ilegal e ilegítima de taxa configuram irregularidades que restringiram o caráter competitivo. Não se pode alegar que se trata de erro escusável. Trata-se de erros que deveriam ter sido identificados por uma análise jurídica prudente e criteriosa do edital;

c) quanto à exigência do termo de vistoria, subscrito pelo responsável técnico da licitante, como exigência de participação e habilitação na licitação:

c.1) o edital previa que a documentação relativa à qualificação técnica incluiria “g) Declaração de visita ao local dos serviços, realizada pelo responsável técnico da empresa, mediante apresentação da documentação comprobatória, a qual deverá ser feita no dia 16 de abril de 2010 em horário a ser marcado com a Comissão Permanente de Licitação através do telefone: (63) 3542-1300” (subitens 3.4, letra g, e 4.4, d, e anexo IX do edital (peça 11, pp. 11/3 e 31);

c.2) o acórdão recorrido não combateu a vistoria em si, mas a exigência de que a vistoria somente seria aceita se realizada por prepostos que comprovassem, na ocasião, vínculo e/ou prova de registro e quitação no Crea, a exemplo do que afetou as empresas Cendrela Design e Arquitetura Ltda., HW Construtora Ltda. e E2 Engenharia Ltda., conforme Ata da Comissão de Licitação (peça 12, p. 1);

c.3) segue trecho do relatório que sustentou a deliberação combatida (peça 122):

“16. Reiterando o que já está consignado em instrução precedente (peça 60, p. 2), a exigência de que a visita fosse realizada por engenheiro qualificado como responsável técnico da empresa interessada não possui fundamento legal, conforme atesta o Voto condutor do Acórdão 800/2008 - TCU - Plenário. Ademais, os dispositivos editalícios não facultaram, para atender ao art. 30, inciso III, da Lei 8.666/1993, a substituição do atestado por declaração formal, emitida pelo responsável técnico, de que tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos, assumindo total responsabilidade pela operação, conforme admitido no Acórdão TCU 1174/2008 – Plenário.”

c.4) entendeu-se, com razão, que “o rigor e a seriedade supostamente objetivados tiveram efeito diametralmente oposto, pois inviabilizaram a participação de outros licitantes”, o que, em vez de ampliar o ambiente concorrencial, princípio central das licitações públicas, acabou por restringi-lo;

c.5) a exigência de vistoria não foi entendida como condição restritiva. A exigência de ser realizada por preposto que comprovasse vínculo e quitação com Crea é que se mostrou indevida;

c.6) essa situação se mostrou prejudicial à competição e também não deveria ter subsistido a exame jurídico criterioso;

d) em relação ao retardamento da publicação do aviso de licitação no DOE/Tocantins, assim dispôs o relatório do acórdão, **verbis** [peça 122]:

“17. A questão da data única (16/4/2010) para a realização da vistoria prévia do local onde seriam realizadas as obras, bem como emitido o correspondente termo comprobatório, exigido para fins de habilitação, não é atenuada pela publicação em outros veículos antes da publicação havida no DOE/TO, confirmada em 13/4/2010. O cerne da questão é que exigência extremada para tanto limita sobremaneira a possibilidade de atendimento por parte de muitos interessados, mesmo que sejam sediados no Município ou contíguos a ele. Tal exiguidade é injustificável, atenta contra

*os princípios da Lei Geral de Licitações e é condenada pela jurisprudência desta Corte de Contas (Sumário do Acórdão 890/2008 – Plenário).”*

*d.1) a restrição foi potencializada com a publicação do extrato efetivada em 13.4.2010, mas, de fato, o que se condenou e se entendeu como restritivo à competição foi a definição de uma data única para a vistoria do local das obras;*

*d.2) dessa forma, não procedem os argumentos de não se ver restrição na exigência;*

*e) no que se refere à validade da certidão do FGTS da empresa Irmãos Meurer Ltda., a irregularidade pode ser relevada. De fato, não caberia ao assessor jurídico, na ocasião do julgamento da documentação do certame (28.4.2012) e se não realizada por outros servidores com esta atribuição, buscar fora dos autos documentos comprobatórios da situação jurídica de licitante. Assim, não há em relação a esta irregularidade responsabilidade do assessor jurídico;*

*f) ainda que afastada tal irregularidade, persistem as demais que originaram a condenação, a gravidade das restantes é suficiente para que, em uma avaliação sistemática, seja mantida a condenação. Por isso, a parte dispositiva do acórdão e a dosimetria da multa devem ser mantidas;*

*g) a responsabilização de parecerista jurídico é possível quando seu parecer, por dolo ou culpa, induzir ou não contiver elementos que indiquem ao administrador público a irregularidade da prática daquele ato;*

*g.1) esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há expressa exigência legal - ou mesmo opinativo. Embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gerencie, arrecade, guarde e administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista jurídico pode ser arrolado como responsável por este Tribunal, pois o artigo 71, inciso II, da Constituição Federal responsabiliza aqueles que derem causa a perda, extravio “ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”;*

*g.2) o voto condutor do Acórdão 190/2001 – Plenário expõe com precisão o posicionamento do TCU sobre o tema, nos seguintes termos:*

*“O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer do órgão jurídico e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica, por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais antijurídica que fosse, **situação que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos, e poderia levar a um caos generalizado na administração**” (grifos na instrução).*

*g.3) o Supremo Tribunal Federal, tratando da responsabilização de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico, admitiu a responsabilidade solidária do parecerista em conjunto com o gestor, conforme voto condutor proferido em julgamento do Plenário (MS 24.631/DF, de 9.8.2007, Relator Ministro Joaquim Barbosa):*

*“B) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, **a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão**, e assim, em princípio, o*

*parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso”. (grifos na instrução)*

g.4) o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/1993 prescreve que as “minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração” (parecer obrigatório). O Ministro Marco Aurélio, ao discorrer sobre a responsabilidade do consultor jurídico, assim se pronunciou no voto condutor do MS 24.584/DF, de 9/8/2007:

*“Daí a lição de Marçal Justen Filho em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, página 392, citada no parecer da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, no sentido de que, ‘ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado’.*

*(...)*

*Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração Pública. A imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade. Fica sujeita, na Administração Pública, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência. **Dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que pratiquem.**” (grifos na instrução)*

g.5) o presente caso amolda-se às situações descritas. O parecer jurídico é obrigatório por lei, logo, ao não atentar e alertar o gestor pelas irregularidades que restringiram a competição, o assessor jurídico atuou com culpa e, portanto, é passível de apenação por esta Corte;

g.6) a culpa consiste exatamente em não exercer o seu mister com a diligência requerida. O parecer jurídico não apontou as irregularidades notoriamente restritivas. Não se trata de erro escusável, mas de erro que prejudicou um dos princípios do certame;

g.7) o nexo causal também está perfeitamente caracterizado, se identificadas as restrições e alertado o gestor, as disposições restritivas poderiam não constar do edital, logo, há nexo entre a conduta omissiva e a irregularidade;

g.8) assim, entende-se subsistir a responsabilidade do assessor jurídico pela ausência em seu parecer de alerta acerca das disposições restritivas do certame licitatório sob exame.

Nos termos da análise promovida pela unidade técnica especializada, as razões recursais não têm, de fato, o condão de tornar sem efeito a condenação.

Em face das razões expostas pela Serur e da jurisprudência assente nesta Corte, o Ministério Público de Contas mantém, portanto, sua convicção, já manifestada em intervenção anterior no feito (peça 119), no sentido de que o parecerista jurídico deve responder pelos ilícitos quando atuar com dolo ou culpa.

*Veja-se, por pertinente, síntese do entendimento do TCU acerca da matéria:*

a) “ainda que a natureza opinativa do parecer jurídico afaste, em regra, a responsabilidade de seu emitente, essa subsiste, caso se demonstre culpa ou erro grosseiro” (Acórdão 1.656/2015 – Plenário, Boletim de Jurisprudência 90/2015);

b) “o advogado contratado que emite parecer que sirva, por imperativo legal (como o art.38, parágrafo único, da Lei 8.666/93), de embasamento para a tomada de decisão dos gestores públicos está investido em função pública lato sensu e poderá responder, juntamente com o administrador que praticou o ato eivado de vício, perante o TCU” (Acórdão 3.052/2013 - Plenário, Boletim de Jurisprudência 17/2013);

c) “o parecerista jurídico pode ser responsabilizado por parecer vinculante, a exemplo do previsto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, se verificada culpa em sentido amplo (dolo ou culpa stricto sensu) na prática da irregularidade apurada” (Acórdão 434/2016 – Plenário);

d) “o parecerista jurídico pode ser responsabilizado por erro grosseiro em parecer emitido em cumprimento ao art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, que exige o prévio exame e aprovação das minutas de contrato pelas assessorias jurídicas” (Acórdão 10.954/2015 - Segunda Câmara);

e) “embora não exerça função administrativa estrito senso, o parecerista jurídico pode ser considerado responsável perante o TCU nos casos de parecer que, por dolo ou por culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade” (Acórdão 1.851/2015 – Plenário);

f) “o parecerista jurídico pode ser responsabilizado por parecer com erro grosseiro, emitido em cumprimento ao art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, que exige o prévio exame e aprovação das minutas de contrato pelas assessorias jurídicas” (Acórdão 1.151/2015 – Plenário);

g) “na hipótese de o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública” (Acórdão 1.730/2015 - Primeira Câmara);

h) “os pareceristas em geral só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou da jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, da legalidade, da publicidade, dentre outros” (Acórdão 3.193/2014 – Plenário);

i) “o parecerista jurídico responde pela irregularidade quando sua manifestação for obrigatória e contiver erro grave ou inescusável, como flagrante ofensa à legislação e à jurisprudência do TCU pertinentes à matéria” (Acórdão 2.890/2014 – Plenário);

j) “embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gerencie, arrecade, guarde ou administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista jurídico pode ser arrolado como responsável” (Acórdão 1.560/2014 – Plenário);

k) “o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com gestores por irregularidades na aplicação de recursos públicos. O parecer jurídico integra e motiva a decisão a ser adotada pelo ordenador de despesas” (Acórdão 825/2014 – Plenário);

l) “a emissão de parecer jurídico pela aprovação de edital contendo irregularidades enseja a responsabilização do parecerista, visto tratar-se de consulta obrigatória que motiva o ato administrativo, passando a deste fazer parte (Lei 8.666/1993, art. 38, parágrafo único)” (Acórdão 3.373/2013 – Plenário).

Veja-se que a recente Lei 13.327/2016, que dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações e dá outras providências, prevê o seguinte:

“Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo [Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional; Procurador Federal; Procurador do Banco Central do Brasil e quadros suplementares em extinção previstos no artigo 46 da Medida Provisória 2.229-43/2001], sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:

(...)

§ 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo **não serão responsabilizados**, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, **ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.**”

*Essa norma legal, todavia, não se aplica ao caso concreto.*

*Ante o exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo, no essencial, com a proposição da Serur (peças 226/8), sugerindo apenas, em face do acolhimento das razões recursais acerca da certidão do FGTS da empresa Irmãos Meurer Ltda., que seja dado provimento parcial ao apelo, mas sem redução do valor da multa aplicada”.*

É o Relatório.