

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

i

Em apreciação deste Colegiado têm-se Embargos de Declaração opostos individualmente pelo Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva e pela Sra. Marília Barros Coelho ao Acórdão 2.800/2016 – Plenário, proferido em processo de Tomada de Contas Especial, no qual foram apuradas irregularidades na aplicação dos recursos públicos federais transferidos ao Município de Formoso do Araguaia/TO, por força de Termo de Compromisso firmado com vistas à execução de obras de drenagem pluvial e canalização de córregos no aludido Município.

2. Analisada a admissibilidade destes dois Embargos de Declaração, pode o Tribunal deles conhecer, porquanto opostos de forma tempestiva e em consonância com os requisitos aplicáveis à espécie, previstos no art. 34 da Lei 8.443/1992.

3. Considerando a jurisprudência deste Tribunal, fica afastada do alcance dos Embargos de Declaração a discussão acerca do mérito da decisão recorrida, o qual deve ser combatido mediante a espécie recursal adequada ao caso.

ii

4. O primeiro vício indicado pelo Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva, o qual não subsiste ao exame adiante empreendido, refere-se à suposta obscuridade e omissão por não haver referência no **decisum** recorrido ao art. 268 do RI/TCU e à gradação da pena nele contida.

5. Nos termos dos subitens 9.4 e 9.4.1 do Acórdão 2.800/2016 – Plenário, o Tribunal aplicou ao embargante a multa de R\$ 10.000,00 com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, observando a gradação do valor da pena segundo os limites regimentalmente impostos pelo tal art. 268, por força do § 3º do art. 58 da Lei Orgânica do TCU que assim dispõe:

“Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de até Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

(...)

§3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no **caput** deste artigo, em função da gravidade da infração.”

6. Por sua vez, o art. 268 do RI/TCU estipula que:

“Art. 268. O Tribunal poderá multa, nos termos do **caput** do art. 58 da Lei 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação:

(...)

II- ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária operacional ou patrimonial, no valor empreendido entre cinco e cem por cento do montante a que se refere o **caput**;

(...)

§1º A multa de que trata o **caput** será atualizada, periodicamente, mediante a portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada no período, pelo índice para a atualização dos créditos tributários.”

7. À data do Acórdão embargado, 1º/11/2016, estava vigente a Portaria 4, de 13/01/2016, emitida pela Presidência do TCU, que fixou em R\$ 54.820,84 (cinquenta e quatro mil, oitocentos e vinte reais e oitenta e quatro centavos), para o exercício de 2016, o valor máximo da multa a que se refere o art. 58, **caput**, da Lei 8.443/1992.

8. Portanto, o valor da multa fundamentada no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 poderia variar entre 5% e 100% do valor fixado, ou seja, de R\$ 2.741,00 a R\$ 54.820,84. O montante da pena aplicada de R\$ 10.000,00 se encontra dentro do limite regimental e foi considerado pelo Tribunal adequado em confronto com o conjunto de irregularidades atribuído ao responsável, não havendo qualquer descumprimento, sob o viés de omissão ou contradição, às normas de regência da matéria.

9. Ademais, considerando que, nos termos do art. 69 do RI/TCU, o Relatório constitui parte essencial da deliberação do Tribunal e que nele constou tanto o exame minucioso da matéria como a proposta de encaminhamento (item 6, transcrição dos itens 46/72, e subitem 7.7, todos no Relatório precedente do Acórdão 2.800/2016 – Plenário) feitos pela Secex/TO, unidade técnica responsável pela instrução processual, em que foi expressamente mencionado o art. 268, inciso II, do RI/TCU como fundamento para a aplicação da multa ao Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva, forçoso concluir que tal situação afasta a omissão suscitada pelo recorrente.

10. Sobre a alegação de que a multa seria “abusiva, desarrazoada, desabrigada da gradação legal do art. 268 do RI/TCU”, não restou configurada qualquer omissão, obscuridade ou contradição capaz de modificar o **decisum** condenatório.

11. O valor da pena, conforme visto alhures, tem amparo legal e regimental, bem representou a reprovabilidade da conduta do responsável que aprovou minuta de edital eivado de irregularidades que, além de evidenciarem descumprimento às normas de licitação, de fácil identificação, concorreram para a restrição do caráter competitivo do certame, a ponto de somente uma empresa, que ao final sagrou-se vencedora, apresentar documentação de habilitação e proposta comercial para execução do objeto licitado.

12. Também não caracteriza vício tratável em sede de Embargos de Declaração a alegação de que o valor arbitrado da pena ao recorrente é superior àquele aplicado a servidores que exerceram maior grau de responsabilidade no processo licitatório. Tal argumento recursal evidencia tão somente a inconformidade do recorrente acerca do valor da multa que recebeu comparativamente ao total das sanções impostas à presidente e aos membros da Comissão de Licitação, respectivamente de R\$ 5.000,00 e R\$ 3.000,00 (subitens 9.4.2 e 9.4.3 do Acórdão 2.800/2016 – Plenário).

13. Veja-se que o Tribunal, considerando o caráter vinculativo do parecer jurídico de que trata o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, bem como o extenso rol de falhas existentes no edital (conforme discorri no item 41 e seguintes do Voto que sustentou a deliberação embargada), fez a gradação das penas aplicadas aos responsáveis em função da gravidade da infração, de acordo com o intervalo de valores regimental do art. 268. Assim, acolheu minha proposta e julgou mais gravosa a conduta do parecerista jurídico consistente na aprovação da minuta de edital eivada de irregularidades que aniquilaram a competição do certame, a qual foi seguida das condutas da presidente e dos membros da comissão de licitação, daí a razão da diferença nos valores das multas.

14. De igual modo, também inexistem quaisquer vícios sanáveis via Embargos de Declaração no que se refere ao argumento recursal da impossibilidade de penalização de pareceristas jurídicos por suas manifestações e opiniões consultivas. Mais uma vez, restou evidente o intento de rediscutir o mérito da matéria já apreciada pelo Tribunal.

15. Sobre essa questão, nos termos do item 47 do Voto do **decisum** embargado, considerei suficiente a argumentação empregada pela unidade técnica no que se refere à possibilidade de o TCU responsabilizar o autor de parecer jurídico, inclusive com a aplicação da multa pertinente, sendo despidendo, naquele momento, adicionar quaisquer ponderações a respeito. Eis os fundamentos invocados pela unidade técnica para sustentar a responsabilização do embargante (Relatório integrante do Acórdão 2.800/2016 – Plenário):

“46. Cumprida a etapa anterior, cumpre-nos empreender a análise das justificativas trazidas pelos agentes jurisdicionados intimados por meio de audiências determinadas no Acórdão 1.255/2013-TCU-Plenário. Seguiremos a mesma ordem de disposição do aresto.

(...)

Responsáveis: Sra. Marília Barros Coelho, Sra. Lucélia Lima de Oliveira, Sr. Marcos Santos Jorge (ex-integrantes de comissão de licitação), Sr. Pedro Rezende Tavares (ex-prefeito, autoridade que autorizou deflagração e homologou processo licitatório) e **Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva (ex-assessor jurídico que atuou como parecerista em licitação):**

Irregularidades: falhas relacionadas nos subitens 9.3.1.1. a 9.3.1.11 do Acórdão 1.255/2013 – Plenário

- 9.3.1.1. falta de elementos mínimos necessários para configurar a existência de projeto básico suficiente, como a licença ambiental prévia, o estudo hidrológico das bacias dos córregos Lavapés e Lago, o memorial descritivo ou especificações técnicas, a versão final dos custos estimados e dos projetos técnicos contemplando o dimensionamento da rede coletora de águas pluviais, o traçado e outras características dos canais de drenagem a serem construídos, em inobservância às disposições legais, normativas e jurisprudenciais (§ 2º do art. 7º da Lei 8.666/1993, Resolução/Conama 237/1997, Acórdão 2.099/2011 – TCU – Plenário);
- 9.3.1.2. inexistência de dotação orçamentária para respaldar os custos deles decorrentes, em descumprimento ao art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 16, inciso II e § 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 101/2001, bem como às disposições do Acórdão 2.099/2011- TCU-Plenário;
- 9.3.1.3. indevida cobrança de tributo (taxa para emissão de licença municipal) em valor exorbitante, incompatível com o custo de reprodução das peças que efetivamente compuseram o edital, o que configura desrespeito ao teor do § 5º do art. 32 da Lei 8.666/1993;
- 9.3.1.4. limitação da disponibilização do edital somente na própria sede da Prefeitura e apenas durante o período vespertino do expediente diário, em desatenção ao art. 3º, **caput**, § 1º, incisos I e II, da Lei 8.666/1993;
- 9.3.1.5. fixação de apenas um dia e horário para realizar vistoria dos locais onde as obras seriam realizadas, restringindo possibilidades e facilitando o conhecimento prévio do quantitativo e da identidade dos potenciais participantes, aumentando o risco de conluio ou combinações, além de condicionar que tal providência fosse incumbida somente a engenheiro civil, integrante do quadro permanente e detentor do acervo técnico exigido para a qualificação da pretensa licitante, representando restrições injustificadas e condenadas pela jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.979/2006, 800/2008, 890/2008 e 1.731/2008, todos do Plenário);
- 9.3.1.6. imposição a qualquer empresa interessada da obrigação de designar e credenciar profissional técnico de engenharia do seu quadro, detentor do acervo técnico a ser indicado para fins da qualificação técnica exigida para representá-la nos atos formais da licitação, com violação do art. 3º, **caput**, § 1º, incisos I e II, da Lei 8.666/1993;
- 9.3.1.7. falta de justificativa dos quantitativos mínimos, para fins de qualificação técnica, bem como da razão da escolha de certos itens unitários de serviços previamente executados, em vez de se requerer demonstração de aptidão para executar obra similar à licitada, além de exigir tal demonstração em apenas um atestado ou certidão de execução de obra/serviço, violando preceitos do art. 3º, § 1º, inciso I, e art. 30, § 1º, inciso I, e §§ 3º e 5º, todos da Lei 8.666/1993 e da jurisprudência do TCU (Acórdãos 601/2008, 2.882/2008, 2.993/2009, 1.237/2008, 1.110/2007, todos do Plenário);
- 9.3.1.8. exigência de que a comprovação de inscrição e de regularidade da empresa e dos responsáveis técnicos junto ao órgão fiscalizador da atividade fosse ‘vistada’ pela entidade equivalente no Tocantins, caso não sediados ou domiciliados neste Estado, criando condicionante não plausível e não prevista na Lei de Licitações e Contratos;
- 9.3.1.9. exigência de que o vínculo do profissional detentor do acervo técnico com a licitante ficasse circunscrito aos de natureza trabalhista e ao societário, criando limitação não condizente com os princípios da Lei 8.666/1993 e vedada pela jurisprudência do TCU (Acórdão 727/2009-TCU-Plenário);
- 9.3.1.10. exigência, para comprovação de habilitação econômico-financeira, além das demonstrações contábeis tradicionais, da apresentação de índices financeiros sem justificá-los e sem demonstrar sua pertinência ou necessidade, circunstância agravada pela estipulação de patamares incompatíveis com os índices adotados nas licitações conduzidas por órgãos federais (Lei 8.666/1993, art. 31, § 5º, Acórdão 597/2008-TCU-Plenário, IN/MARE 5/1995);

9.3.1.11. imposição aos interessados para que comprovassem possuir capital social 'integralizado' (equivalente a 10% do valor estimado para a licitação), bem como para que apresentassem a garantia de manutenção de proposta corresponde a 1% do valor estimado da contratação, cumulativamente com as exigências e qualificação mencionadas no item precedente, atentando contra disposição expressa da Lei de Licitações e entendimento jurisprudencial do TCU (Lei 8.666/1993, art. 31, **caput**, inciso III, e § 2º; Acórdão 6.613/2009-TCU-1ª Câmara);

(...)

Razões de justificativa: Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva, parecerista jurídico.

49. O Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva desenvolve sua defesa com a seguinte estratégia e justificativas (peça 34):

- i) reconhece que atuou no processo licitatório supracitado nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e, de início, suscita questão preliminar, cogitando que, em se tratando de recursos administrados pela SIH/MI, os titulares do Ministério, da Secretaria vinculada, assim como o servidor designado para fiscalizar o andamento do Termo de Compromisso, inclusive seu substituto, deveriam ser ouvidos previamente, sob pena de nulidade processual, por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa;
- ii) de igual modo, questiona o fato de a Caixa Econômica Federal (Caixa) não ter sido chamada nos autos, alegando que cada medição foi aprovada pela instituição bancária;
- iii) enumera que estando a obra já concluída e a prestação de contas final apresentada, a falta de oitiva prévia do ordenador de despesa implica em ofensa às disposições do art. 197, **caput** e § 2º, do Regimento Interno do TCU, sendo a instauração desta TCE descabida;
- iv) discorre que no tipo de manifestação jurídica por ele realizada afasta-se a análise de aspectos de conveniência e oportunidade da medida ou da ação orçamentária, possuindo caráter meramente opinativo, de natureza técnico-jurídico, transcrevendo, em reforço, as disposições do art. 133 da Carta Magna, bem como do art. 2º, **caput** e § 3º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), acompanhados de excertos de deliberações do Superior Tribunal de Justiça - STJ (REsp 1183504/DF) e do Supremo Tribunal Federal (MS 24073/DF e 24631/DF);
- v) superada sua concatenação sobre preliminares, afirma que os elementos previstos para integrar o Projeto Básico constavam do processo licitatório, ainda que em pastas e volumes distintos, salientando que a questão era de natureza técnica ligada à engenharia, afastando-se de seu mister como parecerista jurídico;
- vi) informa não ter havido violação do Acórdão 2.099/2011-TCU-Plenário, aludindo à incompletude do projeto e à falta de dotação orçamentária válida, tendo em vista que foi prolatado dois anos após a veiculação do edital da Concorrência impugnada;
- vii) que os elementos dos projetos constituem exigência do Siconv e sequer teria ocorrido aprovação e os repasses de recursos se não tivessem sido apresentados;
- viii) assevera que a dotação orçamentária estava indicada no subitem 11.1 do edital, acrescentando que, se houve omissão quanto a tal dado, haveria, ainda, amparo do subitem 9.2 do Manual de Instruções para Contratação e Execução dos Programas e Ações do Ministério das Cidades inseridos na segunda fase do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC 2, aprovado pela Portaria 40/2011 daquele Ministério;
- ix) atribui à comissão de licitação competência pela fixação de taxa para aquisição do edital, ponderando que a documentação era complexa e volumosa e que o município não dispunha de máquinas copiadoras. Em adendo, diz que inexistia cláusula expressa no edital exigindo comprovação do pagamento da taxa de aquisição, atraindo a interferência da jurídica;
- x) quanto ao período de disponibilização do edital, diz que a prefeitura municipal seguia horário de funcionamento e expediente previsto em norma interna, que a comissão de

- licitação não podia deixar de observá-lo em função do certame, complementando que outros órgãos federais possuem expediente externo semelhante sem qualquer objeção do TCU;
- xi) por outro lado, a fixação de um dia para realizar a visita técnica foi uma medida de economicidade, considerando que o município não possuía servidores em número suficiente para ficar à disposição de uma única licitação, possuindo outras demandas da mesma natureza, bem como pela simplicidade daqueles que não tem conhecimento sobre as deliberações do TCU. Destaca que se algum licitante se sentisse prejudicado poderia ter impugnado o item ou justificado perante a comissão de licitação a necessidade de outro dia para a visita;
- xii) referindo-se aos dispositivos legais (art. 3º, **caput**, § 1º, incisos I e II, da Lei 8.666/1993) utilizados para refutar a cláusula editalícia que obrigava interessados a designar e credenciar profissional técnico de engenharia do seu quadro, detentor do acervo técnico e indicado para fins da qualificação técnica, para representar as respectivas licitantes nos atos formais da licitação, sustenta que foram comandos leais inseridos posteriormente à licitação, revelando incongruência e rigor excessivo nas proposições dos auditores;
- xiii) circunscrevendo-se à falta de justificativas de quantitativos mínimos de certos itens unitários, além de exigir sua presença em apenas um atestado ou certidão de acervo para fins de qualificação técnica, repele o caráter de irregularidade afirmando que eram critérios aceitos pelo TCU, à época da licitação, que a expressão ‘certos itens’ dificulta discernir quais os itens são objeto do questionamento, que a análise jurídica não comportava tal detalhamento e que a matéria não deu ensejo a qualquer recurso (art. 109 da Lei 8.666/1993), por qualquer interessado;
- xiv) reportando-se à exigência de visto pelo órgão fiscalizador no Estado do Tocantins, da comprovação de inscrição e de regularidade da empresa e dos respectivos profissionais técnicos, quando domiciliados em outra unidade da Federação, também apega-se ao fato de que não houve recurso na fase de processamento da licitação, além de considerar que o entendimento do TCU sobre o aspecto irregular da exigência só foi definido subsequentemente à realização da licitação (abril/2009);
- xv) versando a respeito do edital ter circunscrito a comprovação de vínculo do detentor de acervo técnico aos de natureza trabalhista ou societário, novamente enfatiza que não houve impugnação, recurso ou reclamação (art. 109 da Lei 8.666/1993), conjugada com a hipótese de que os acórdãos do TCU utilizados para fundamentar a irregularidade foram proferidos em datas posteriores à licitação;
- xvi) para defender as concomitâncias de comprovação de habilitação econômico-financeira, além das carências quanto aos índices financeiros em patamares desarrazoados estabelecidos como exigências habilitatórias, pondera que a contratação era de grande vulto para o município, que visava a seleção de empresa com capacidade financeira para a realização das obras, sem riscos de paralisações, mais uma em vez recorrendo à ilação de que não ocorreram recursos ou reclamações nos termos do art. 109 da Lei 8.666/1993;
- xvii) mencionando o regramento do edital para a comprovação de capital social ‘integralizado’, simultaneamente com garantia de manutenção de proposta e com os demais requisitos de qualificação econômico-financeira, reitera os argumentos discriminados no subitem precedente,
- xviii) como desfecho, ressalta que alguns acórdãos do TCU confrontados com a licitação não podem ser aplicados aos fatos, diante do brocardo **tempus regit actum**, ratificado, segundo o audiente, pelo disposto no art. 1º da Lei 4.657/2942 (Lei de Introdução ao Código Civil).
- xix) conclui com a tese de que não se pode buscar responsabilização de parecerista jurídico, reiterando alusão a entendimentos manifestados no contexto do MS 24.631/DF, do STF.

Análise

50. Antes de qualquer avaliação das asserções argumentativas é impreterível registrar que o reconhecimento expresso do agente que ora se defende de que atuou como advogado parecerista, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, acarreta reflexos muito substanciais que atingem tanto seus argumentos, quanto sua responsabilidade.

51. Vergastamos as questões preliminares levantadas por várias razões de direito e de fato:

- i) o mecanismo de instauração de TCE previsto no art. 197, **caput** e § 2º, do Regimento Interno/TCU não obsta e nem é contraditório com a hipótese prevista no art. 252 do mesmo Regimento, decorrente de conversão de processo fiscalizatório de outra natureza no qual sejam verificadas irregularidades que resultarem em danos ao erário;
- ii) esse último dispositivo regimental é fundado no art. 47 da Lei 8.443/1992, mencionado no subitem 9.1 do Acórdão 1.255/2013-TCU-Plenário, legitimando a conversão (peça 1);
- iii) na auditoria que restou convertida nesta TCE não foram identificados atos omissivos ou comissivos dos titulares ou servidores da SIH/MI, razão pela qual não foram instados pelos meios processuais pertinentes;
- iv) a Lei 11.578/2007, que regula as transferências para estados, Distrito Federal e municípios, por meio de termos de compromisso, para a execução de obras do PAC [Programa de Aceleração do crescimento], não requer a intermediação da Caixa como mandatária do órgão federal repassador de recursos, como ocorre nos casos de contratos de repasse. Nenhuma medição foi submetida ou aprovada por qualquer instância da Caixa;
- v) existe precedente jurisprudencial, emanado do STF, referendando a possibilidade de responsabilização administrativa de advogados que atuaram como pareceristas, em particular atendendo aos ditames da Lei Geral de Licitações:

MS 24584 / DF

Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno

‘Ementa: ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.’

vi) outrossim, urge salientar que a responsabilização de pareceristas jurídicos é plenamente possível segundo a jurisprudência desta Corte, mormente quando se alude à manifestação decorrente do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, conforme excertos abaixo transcritos:

Acórdão 1.337/2011-TCU-Plenário (trecho do Voto):

[...]

‘A análise e aprovação, pela assessoria jurídica, de editais, minutas de contratos e instrumentos congêneres são atividades obrigatórias, previstas no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666, de 1993. Não pode o consultor jurídico querer se esquivar dessa responsabilidade. O papel da assessoria jurídica não é meramente opinativo. O entendimento do TCU acerca da matéria está contido no voto que fundamentou o Acórdão 147/2006-Plenário, **in verbis**:

‘(...) o legislador atribuiu relevante função à assessoria jurídica, qual seja, realizar um controle prévio da licitude dos procedimentos licitatórios e dos documentos mencionados no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos’.

E mais adiante:

‘(...) a aprovação ou ratificação de termo de convênios e de aditivos, a teor do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, difere do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo’.

Acórdão 5.291/2013-TCU-1ª Câmara (trecho do Voto)

[...]

‘Na verdade, para que haja a responsabilização, no âmbito do TCU, é desnecessária a caracterização de dolo ou má-fé, bastando que o gestor tenha agido com culpa. Não se exige a intenção de causar dano ao Erário, ou locupletamento, elementos que agravariam a situação do agente. Não se deve olvidar, ademais, que a condenação foi fundamentada no artigo 58, II, da Lei 8.443/1992, ou seja, em decorrência da prática de ato com grave infração à norma legal.

A responsável emitiu parecer jurídico favorável ao prosseguimento do certame, com base no artigo 38, parágrafo único, da Lei de Licitações.

Cuida-se, pois, de parecer que a doutrina e a jurisprudência denominam de vinculante, porquanto o procedimento licitatório só pode prosseguir se houver a aprovação da assessoria jurídica, não havendo espaço para o gestor atuar de forma contrária, cabendo-lhe apenas decidir nos termos do parecer ou não decidir. Nesse caso, não há dúvidas: o parecerista responde subjetivamente por seus atos, conforme as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: MS 24.584-1/DF e MS 24.631/DF.’

vii) para os advogados, a sempre lembrada ‘inviolabilidade por seus atos e manifestações’, deve estar adstrita aos limites da lei e, ainda, circunscrever-se à ‘administração da justiça’ (art. 2º, **caput** e § 3º, da Lei 8.906/1994). No art. 133 da Carta Magna tal dedução é cristalina, pois o dispositivo está inserido no contexto do Capítulo que trata das ‘Funções Essenciais à Justiça’ e, portanto, vinculadas à função judiciária, essencial e campo exclusivo do Poder Judiciário, sedimentando a preservação das prerrogativas daqueles legitimados a operar em tal domínio do Estado, particularmente para promover o instituto da capacidade postulatória dos advogados. No campo estritamente administrativo, o advogado opera com idêntica responsabilidade que os gestores, sua equipe auxiliar ou pareceristas técnicos de qualquer outra área de conhecimento;

viii) o advogado existe para ter influência e, em regra, na atividade estatal atua para prestar assessoria relevante nas decisões que conduzam os gestores à implementação de atos, à celebração de convênios, contratos e outros eventos administrativos. Não fosse assim as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas não seriam privativas da advocacia, como preconiza a Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), tampouco outras leis gerais ou especiais, regulamentos, regimentos ou normativos daqueles demandariam pareceres jurídicos;

ix) ora, nesse contexto é preciso lembrar que ‘não se presumem, na lei, palavras inúteis’, aforismo consagrado pelos estudiosos e operadores da ciência jurídica. Assim, não haveria qualquer sentido para o parlamento aprovar e receber sanção presidencial diploma legal que expressamente exige participação do advogado e, nesse contexto, aceitar a tese esdrúxula que nenhuma consequência houvesse para o emitente de parecer jurídico, mesmo quando aprovasse minuta de edital eivada de ilicitudes flagrantes, seja por má-fé, negligência, erro, inépcia profissional ou outra razão. Fugir dessa responsabilidade é compreensível apelação de quem se vê premido pelas circunstâncias e na iminência de ser penalizado;

x) licitação é rito administrativo fundado em previsão constitucional e infraconstitucional, de elevada importância no campo da Administração Pública. A aprovação da minuta do edital por parte de advogado é procedimento inafastável para o regular prosseguimento do feito licitatório e tem o poder e o propósito de direcionar a decisão do gestor;

xi) descabidos, pois, todos os pedidos correlacionados às questões preliminares, de inspiração procrastinatória.

52. Ato contínuo, não é verdade que todos os elementos indispensáveis à caracterização do Projeto Básico constavam no processo. Também não se trata de exigir do causídico opinião sobre o conteúdo avaliativo de elementos que escapavam à sua área de especialização. A questão era observar se estavam presentes no processo elementos ou documentos requeridos na Lei Geral de

Licitações, pelo menos em títulos, para, só então, aprovar a minuta do normativo da licitação. Para ilustrar a completa alienação do parecer jurídico de aprovação, cabe transcrição pontual do RA que deu ensejo à conversão em TCE (peça 83, p. 7-8), extraído do processo apensando (TC 043.929/2012-5) e que foi embrião do Acórdão 1.255/2013-TCU-Plenário:

‘X) importa ressaltar, o processo administrativo que registrou os atos e fatos alusivos à Concorrência 3/200 foram autuados em 6/4/2009, a partir de lacônica solicitação de contratação de serviços instruída tão somente da descrição genérica do objeto pretendido (peça 12, pg. 1). Mesmo após a elaboração da versão final e completa do edital e seus anexos (peça 12, pg. 4-46) apenas uma planilha de itens unitários de serviços e preços representava elemento inerente ao conceito de projeto básico previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos. Mesmo com a incompletude e falhas já relatadas, a Concorrência foi homologada em 4/5/2009 (peça 17, pg. 6) e o contrato celebrado em 9/6/2009 (peça 18, pg. 6). A Ordem de Serviço foi expedida e recebida pela construtora Ferreira Franco em 2/12/2009 e, convém lembrar, o Termo de Compromisso só foi aprovado pela Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional (SIH/MIN) em 18/12/2009, conforme teor da Portaria 97/2009, publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 23/12/2009 (peça 10) e os elementos do projeto básico aprovados em 23/3/2010.

Esse breve retrospecto deve ser considerado, pois indica que o processo licitatório foi conduzido sem os elementos mínimos que deveriam compor o projeto básico, ante o fato de que em 3/4/2009 foi celebrado contrato e emitida ordem de serviço para que a empresa JC Consultoria, Construções e Projetos Ltda. iniciasse a elaboração dos projetos da obra (peça 26). Diversos documentos comprovam a Concorrência 3/2009 não foi instruída com projeto básico da obra, destacando-se:

-o Estudo Hidrológico da área afetada pela obra de macrodrenagem foi concluído somente em julho/2009 (peça 24, pg. 10-40);

-o Memorial Descritivo/Especificações Técnicas para a obra (peça 24, pg. 60-71) foi concluído em 30/11/2009;

-não houve o licenciamento ambiental exigido no Anexo I da Resolução Conama 237/1997 para obras civis de construção de canais de drenagem. A licença de instalação apresentada como parte do projeto básico (peça 24, pg. 1) refere-se à construção de uma ponte de concreto localizada sobre o Córrego Lavapés, porém, é contemplada no escopo do Convênio 1380/2008 (peça 40, pg. 3, item 3.00 e pg. 18), distinto do Termo de Compromisso em causa. Além da Resolução supracitada, a ausência do licenciamento pertinente viola exigência do art. 12, inciso VII, da Lei 8.666/93;

-a aprovação do projeto pela SIH/MIN, como condição intransponível para liberação de recursos vinculados ao Termo de Compromisso, conforme teor do art. 5º da Portaria 97/2009 (peça 10), ocorreu somente em 18/3/2010 (peça 25).

- o valor global da obra originalmente contratado com a Ferreira Franco (R\$ 16.330.568,26) e que fora baseado apenas numa versão da planilha de custos estimativos não arrimados nos demais elementos do projeto básico, especialmente o projeto do traçado, nivelamento e dimensionamento dos canais, do estudo hidrológico das bacias dos córregos Lavapés e Lago, superava o valor aprovado (R\$ 15.808.160,98) pela SIH/MIN, fato que obrigou o Município e a construtora a firmar em 18/1/2010 o primeiro termo aditivo (peça 19) ao Contrato 62/2009, com a finalidade exclusiva de reduzir o valor global e ajustá-lo ao valor compromissado pelos Entes Públicos. Em virtude dessa alteração todos os quantitativos e preços unitários contratados junto à Ferreira Franco foram integralmente substituídos pelos que constaram no projeto aprovado.

Com muita pertinência ao assunto ora tratado, o subitem 9.1.1 do Acórdão 2099/201-TCU-Plenário deixou assente que ‘a jurisprudência desta Corte de Contas é pacífica no sentido do necessário cumprimento ao disposto no § 2º do artigo 7º da Lei n. 8.666/1993 para

qualquer empreendimento que utilize recursos federais, por meio de termo de compromisso ou contrato de repasse, de tal forma que não há como se admitir a realização de licitação com base em projeto básico que não obteve a aprovação do órgão técnico competente na esfera federal’;

Convém acrescentar, o Município não havia feito adequado levantamento prevendo a necessidade de prévia desapropriação de áreas particulares a serem afetadas pelas obras, circunstância que deu ensejo a paralisação temporária dos serviços (peça 21), além de demandas oriundas do Ministério Público Estadual e ações na Justiça Estadual (peça 23), em que pese tais eventos não terem impedido a continuidade e a conclusão das obras.’

53. Vê-se que era grave a carência dos elementos previstos na conformação de um Projeto Básico (art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/1993), requisito essencial que as obras e serviços fossem licitadas (art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei 8.666/1993).

54. Secundariamente, a simples menção a um código como fonte orçamentária para respaldar os custos e obrigações decorrentes da obra não satisfazia às demandas legais (art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 16, inciso II e § 1º, inciso I, da Lei Complementar 101/2001). Isto porque o mesmo dispositivo revelava sem pudores que a confirmação da fonte orçamentária dependeria de convênios a serem firmados como Governo Federal (peça 105, p. 11, item 11).

55. Em resposta a Consulta formulada pelo Ministério das Cidades o TCU proferiu, por meio dos subitens 9.1.4 e 9.1.5 do Acórdão 2.099/2011-TCU- Plenário, orientação no sentido de que ‘não se admite a efetivação de contratações antes da pactuação do respectivo termo de compromisso ..., com base apenas em normativos ... que venham a fazer menção à previsão de liberação de recursos federais para implementação de um empreendimento, salientando que ‘a garantia de transferência de recursos nas obras executadas no âmbito do PAC somente ocorre com a pactuação de termo de compromisso...’. Ora, o Termo de Compromisso só foi firmado e aprovado meses depois da licitação já concluída.

56. A propósito, as referências ao aresto acima não foram para utilizá-lo como ato legal ou infralegal descumprido mas, para demonstrar o entendimento, a interpretação desta Corte de Contas de comandos daquela natureza confrontados com hipóteses circunstanciais, não repercutindo em favor do audiente o fato de ter sido prolatado após a ocorrência das irregularidades.

57. Contraditoriamente, ainda tratando da cláusula da despesa, apega-se a suposto amparo em manual aprovado em 2011 pelo Ministério das Cidades. Nem manual tem força normativa, em sentido estrito, nem foi oriundo do MI, além de ser, neste caso, descabida a evocação, tendo em vista que a publicação materializou-se dois anos após a consumação da irregularidade havida na licitação. De qualquer modo, vale ressaltar que o argumento corrobora aquilo que foi fixado no Acórdão 2.099/2011-TCU- Plenário, como se extrai da redação do sobredito manual:

‘9.2. Os editais de licitação para consecução do objeto previsto no Termo de Compromisso somente poderão ser publicados após a assinatura do respectivo Termo e conclusão da análise técnica pela Caixa, com o correspondente orçamento.’

58. Relacionando-se ao Termo de Compromisso aprovado pela Portaria 97/2009, da SIH/MI, não houve qualquer tramitação procedimental via Siconv nas fases de propositura, avaliação, aprovação, celebração, execução, acompanhamento e prestação de contas, como afirma a parte.

59. De fato, a fixação do tipo de tributo (taxa), do valor exorbitante, da efetiva cobrança ou dispensa injustificada a interessados para disponibilização dos elementos editalícios ocorreu após a aprovação da minuta, não dispondo o edital sobre tais aspectos (peça 105, p. 4, subitens 1.2), razão pela qual a irregularidade discriminada no subitem 9.3.1.3 do Acórdão 1255/2014-TCU- Plenário comporta a exclusão desse ponto do rol de irregularidades atribuídas ao parecerista jurídico.

60. Não foi apresentada comprovação de estipulação de horário especial para o expediente por meio de norma, aviso ou outro meio emanado por autoridade municipal competente. Não

obstante, durante a auditoria houve confirmação de que o funcionamento dos órgãos municipais na época da licitação e até o período daquela ação fiscalizatória foi e era compreendido diariamente das 7:00h às 11:00h e das 13:00h às 17:00h (peça 83, p. 4).

61. A extremada limitação de condições para disponibilização do edital a eventuais interessados não se ateve somente ao horário de expediente, como tangencia o parecerista. Mesmo dispondo de meio eletrônico amplamente difundido e acessível (**e-mail**), ou até mesmo o **fax** para distribuir a potenciais licitantes interessados a maioria dos elementos (edital, anexos, memorial, especificações, planilhas e etc) capazes de permitir uma análise primária das condições, objeto e preços, o edital aprovado definiu que somente poderia ocorrer a disponibilização presencialmente, exclusivamente na sede da prefeitura, com entrega em meio impresso (peça 105, p. 4, subitens 1.2 a 1.4).

62. Ainda que superados tais complicadores, a entrega das especificações técnicas só poderia ser liberada com a prévia demonstração de atendimento dos requisitos de qualificação exigidos no edital, numa espécie de pré-habilitação, em flagrante abuso e ilegalidade.

63. Também não se pode acolher as justificativas de que a fixação de um único dia para realizar a visita técnica (peça 105, p. 9, subitens 5.1.2 a 5.1.4) foi uma medida de economicidade, e que havia limitação de servidores, eis que não se apresentou comprovação disso. A equivocada regra do edital facilita o conhecimento prévio sobre quem e quantos serão os eventuais concorrentes, permitindo o conluio entre eles, até mesmo para definir que não haverá disputa, nem mesmo simulacro. A irregularidade deve ser avaliada, também, em conjunto com as seguintes considerações:

- i) o atestado ou declaração de vistoria nem é peça essencial para a habilitação de licitantes, como se demonstra excerto do Acórdão 1.174/2008-TCU-Plenário: ‘atende o art. 30, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, sem comprometer a competitividade do certame, conforme art. 3º, § 1º, inciso I, do citado dispositivo legal, a substituição de atestado de visita por declaração formal assinada pelo responsável técnico, sob as penalidades da lei, de que tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos, assumindo total responsabilidade por esse fato e informando que não o utilizará para quaisquer questionamentos futuros que ensejem avenças técnicas ou financeiras com o órgão licitador’;
- ii) a realização de tal visita por engenheiro civil integrante do quadro permanente e detentor do acervo técnico exigido para a qualificação foi condicionante ilícita, segundo disposição manifestada no Acórdão 800/2008-TCU-Plenário (Sumário), no qual se registra: ‘Inexiste fundamento legal para se exigir, com vistas à habilitação da licitante, que a visita técnica seja realizada por um engenheiro responsável técnico, detentor de vínculo empregatício com a empresa licitante’;
- iii) em apoio, o Acórdão 1.731/2008-TCU-Plenário dirige à entidade jurisdicionada disciplina para que ‘estabeleça que eventuais vistorias possam ser realizadas por qualquer preposto da licitante, a fim de ampliar a competitividade do certame’;
- iv) some-se ‘importa restrição ao caráter competitivo do certame o estabelecimento de prazo por demais exíguo para os licitantes vistoriarem os diversos locais onde os serviços serão executados’, consoante dicção do Acórdão 890/2008-TCU-Plenário (Sumário);

64. Foi puramente evasivo o ardil de alegar que foram inseridos posteriormente à licitação os dispositivos legais (art. 3º, **caput**, § 1º, incisos I e II, da Lei 8.666/1993) utilizados para enquadrar a cláusula editalícia que obrigava interessados a designar e credenciar profissional técnico de engenharia do seu quadro, detentor do acervo técnico e indicado para fins da qualificação técnica, para representar as respectivas licitantes nos atos formais da licitação.

65. Obviamente, a substância legal que fundamentou a ilicitude foram as disposições existentes antes das alterações inseridas [na Lei 8.666/1993] pela Medida Provisória 495/2001, posteriormente convertida na Lei 12.349/2010. Objetivamente, a exigência prescrita no edital

não encontra amparo legal, doutrinário ou jurisprudencial e criou evidente dificuldade para atrair interessados em disputar as obras patrocinadas com recursos federais.

66. Tática semelhante ao caso antecedente reproduziu-se na oportunidade que teve para sanear a hipótese de falta de justificativa dos quantitativos mínimos e da razão de escolha de certos itens de serviço unitários para fins de qualificação técnica, a serem demonstrados em apenas um atestado ou certidão de execução de obra/serviço, em vez de se requerer demonstração de aptidão para executar obra similar à licitada. A ineficácia da defesa se completa com o seguinte:

- i) de modo oposto ao que meramente escreve e não comprova pelas vias inteligíveis, claras e apropriadas, os critérios não eram aceitos pelo TCU;
- ii) não há dificuldade para a defesa discernir a que se refere a expressão ‘certos itens’ porque para a finalidade especificada o edital continha inconfundíveis e específicos dispositivos (peça 105, p. 6-7, subitens 4.2.5, 5.2.5.1 e 4.2.5.2);
- iii) o Sumário do Acórdão 601/2008-TCU-Plenário discorre que ‘a adequação de exigências de comprovação da aptidão para desempenho de atividade compatível com o objeto licitado deve ser plenamente demonstrada, sob risco de restrição injustificada do certame, caracterizando violação aos preceitos dispostos no art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/1993’ (grifo nosso);
- iv) o Acórdão 2.882/2008-TCU-Plenário contém comando por meio do qual determina à entidade jurisdicionada que ‘abstenha-se de vedar o somatório de atestados para fins de qualificação técnica dos licitantes, nos casos em que a aptidão técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado’. Já o Acórdão 1.237/2008-TCU-Plenário deliberou no sentido de ‘que a comprovação de capacidade técnica seja feita mediante o somatório de atestados, sempre que não houver motivo para justificar a exigência de atestado único, em observância ao disposto no art. 30, §§ 1º, 3º e 5º, da Lei nº 8.666/1993’;
- v) nenhum dos itens de serviços unitários definidos para comprovação de qualificação técnica possui o atributo de complexidade técnica, mesmo numa consideração feita por leigo. No entendimento do TCU ‘exigir-se comprovação da qualificação técnica para itens da obra que não se afiguram como sendo de maior relevância e valor significativo, além de restringir a competitividade do certame, afronta os ditames contidos no art. 30 da Lei nº 8.666/1993 (Sumário do Acórdão 800/2008-TCU-Plenário)’;
- vi) a não ocorrência de impugnação ao edital ou recurso administrativo não afasta a natureza irregular das exigências.

67. Identicamente, o fato de não ter havido registro, pelo menos formal, de impugnação ao edital ou recurso administrativo na licitação não neutraliza a essência abusiva e irregular das exigências insertas nos subitens 4.2.3 e 4.2.3.1 do edital (peça 105, p. 6), os quais obrigavam os interessados em participar de eventual disputa a obter ‘vistos’ do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura no Tocantins (CREA/TO) nos documentos comprobatórios de inscrição e de regularidade da empresa e dos respectivos profissionais técnicos, quando domiciliados em outra unidade da Federação. Deduz-se, ante a falta de amparo legal e de fundamento de razoabilidade, que a finalidade era criar dificuldades desnecessárias e ilegítimas.

68. São inócuas as justificativas tendentes a afastar a presunção de irregularidade no requisito do edital que previu a obrigatoriedade de comprovar vínculo trabalhista ou societário do detentor de acervo técnico com a empresa licitante, restringindo nitidamente alternativas válidas:

- i) primeiro porque, reitera-se, a inoportunidade da impugnação do edital ou recurso na fase de processamento da licitação não depura a ilicitude;
- ii) segundo, o Acórdão 727/2009-TCU-Plenário, prolatado após a licitação inquinada, foi mencionado tão somente como referência jurisprudencial. No trecho que discorre sobre o achado irregular, o próprio Relatório de Auditoria cita outras deliberações anteriores à Concorrência 3/2009, proferidas nos exercícios 2007 e 2008, a exemplo dos Acórdãos 1.100/2007 e 2.170/2008, ambos do Plenário do TCU (peça 83, p.5);

69. Relativamente às irregularidades configuradas pelas exigências simultâneas de demonstrações contábeis, índices financeiros em patamares não usuais e não justificados, comprovação de capital social ‘integralizado’ (equivalente a 10% do valor estimado para a contratação) e, ainda, prestação de garantia de manutenção de proposta (1% do valor estimado), para os propósitos de habilitação econômico-financeira, extrapolando disposições legais, normativas e jurisprudenciais (art. 31, **caput**, inciso III, §§ 2º e 5º, da Lei 8.666/1993; IN/MARE 5/1995; Acórdão 597/2008-TCU-Plenário e Acórdão 6.613/2009-TCU-1ª Câmara), a insubsistência das justificativas é assim resumida:

- i) ainda que o valor envolvido no Termo de Compromisso e na licitação fosse considerado de grande vulto para o município, mesmo entendendo que o audiente com tal expressão não quis fazer alusão à definição de grande vulto prevista no inciso V do art. 6º da Lei 8.666/1993, e de pretender evitar riscos de paralisações, as ilações não eram e não são justificadoras de exigências extravagantes e extralegis;
- ii) o que se pretende com os permissivos legais para exigências de qualificação técnica e financeira é fixação de garantias mínimas, apenas suficientes para que o futuro fornecedor ou prestador a ser contratado demonstre capacidade de cumprir as obrigações contratuais. De modo geral, sedimentou-se nessa Corte de Contas que ‘esse posicionamento encontra guarida no entendimento segundo o qual a Constituição Federal somente autoriza exigências que configurem um mínimo de segurança. Portanto, não há de se admitir exigências que vão além disso com base no argumento de que a segurança da Administração restaria ampliada, na medida em que o máximo de segurança corresponderia, inequivocamente, ao máximo da restrição. E essa não é a solução proclamada pela Carta Magna.’ (trecho do Voto condutor do Acórdão 80/2010-TCU-Plenário);
- iii) novamente reafirmamos, esse conjunto de irregularidade não se torna inofensivo pela falta de impugnações ou recursos concernentes à licitação, tampouco isso mitiga a responsabilidade de quem permitiu os efeitos de regramento manifestamente ilegal, mediante conduta omissiva ou negligente.

70. No caso concreto, não socorre ao parecerista qualquer benefício processual quando alega a máxima **tempus regit actum**, particularmente concernindo a referências jurisprudenciais utilizadas meramente para indicar entendimentos pacificados, adotados em situações ou eventos similares aos arrolados na auditoria;

71. Não tem influência para isentar o responsável por qualquer das irregularidades o disposto no art. 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil). A transcrição desse dispositivo legal possui apenas propriedade retórica.

72. Feita a ressalva do item 59, onde propomos a exclusão do rol de irregularidades atribuídas ao parecerista jurídico daquela discriminada no subitem 9.3.1.3 do Acórdão 1.255/2014-TCU-Plenário (cobrança indevida de tributo, em caráter obrigatório e em valor exorbitante para fornecimento de cópia do edital), concluímos que não se pode relevar a conduta de encarregado de assessoria jurídica de ente público que se depara com tantas ilicitudes e ainda assim aprova os termos espúrios de um edital de licitação. A conduta do agente foi indesculpável, tendo potencial para acarretar a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do Regimento Interno do TCU.”

16. Aduz ainda o embargante haver omissão pelo fato de o TCU não ter arrolado como responsáveis nos autos os concedentes do Termo de Compromisso firmado entre o Município de Formoso do Araguaia e a Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional, argumento inclusive apresentado em sede de razões de justificativa e refutado pela unidade técnica, conforme excerto retro reproduzido no item 16 (ver itens 49, i, e 51, iii, da transcrição do item 16).

17. Não há omissão referente ao rol de responsáveis. O Tribunal, ao realizar fiscalização no Município de Formoso do Araguaia com vistas a averiguar a regularidade da aplicação dos recursos federais transferidos àquele ente por meio do Termo de Compromisso para a construção de obras de

drenagem pluvial e de canalização de córregos, identificou os gestores pelas irregularidades na execução das obras que causaram dano ao erário e promoveu a devida citação, bem como indicou os responsáveis pelas falhas constatadas na condução da licitação relativa à Concorrência 3/2009, promovendo-se as audiências pertinentes, nos termos do Acórdão 1.255/2013 – Plenário.

18. Após exame dos elementos de defesa dos responsáveis, o Tribunal proferiu então o Acórdão 2.800/2016 – Plenário, ora recorrido, por meio do qual foi imposta multa ao embargante, por haver aprovado a minuta de edital eivada de irregularidades que cercearam a competição do certame. A responsabilidade pelo parecer sobre a minuta do edital da Concorrência 3/2009 é personalíssima do embargante que a aprovou sem apontar as irregularidades nela contidas. Não há evidências nestes autos de que a referida responsabilidade poderia, de alguma forma, ser compartilhada com agentes que autorizaram a celebração do Termo de Compromisso ou ainda com outros responsáveis do órgão concedente ou mesmo de servidores deste Tribunal.

19. O derradeiro ponto consiste em questionar a aplicação do Acórdão 2.099/2011 – Plenário como fundamento da deliberação embargada retroativamente a atos ocorridos no exercício de 2009, situação que violaria o princípio da legalidade e da irretroatividade da jurisprudência.

20. Tal argumento não legitima a embargabilidade do **decisum** porque não há omissão, contradição ou obscuridade ensejadora dessa espécie recursal. Trata-se, na verdade, de tentativa de rediscussão de mérito na via recursal inadequada para esse propósito.

21. O embargante, em suas razões de justificativa, já havia abordado a questão do Acórdão 2.099/2011 – Plenário, informando naquela ocasião que não teria ocorrido violação a esse **decisum**, numa alusão à incompletude do projeto e à falta de dotação orçamentária válida, tendo em vista que proferido dois anos após a veiculação do edital da concorrência impugnada (item 49, vi, do texto reproduzido no item 16 retro).

22. A unidade técnica refutou tal argumento e afirmou que as referências ao aresto não foram para utilizá-lo como ato legal ou infralegal descumprido, mas para demonstrar o entendimento, a interpretação desta Corte de Contas de comandos daquela natureza confrontados com hipóteses circunstanciais, não repercutindo em favor do responsável o fato de ter sido o Acórdão 2.099/2011 – Plenário prolatado após a ocorrência das irregularidades (item 56 da transcrição constante do item 16 retro).

23. A menção ao Acórdão 2.099/2011 – Plenário assim constou do Acórdão 1.255/2013 – Plenário que autorizou a realização de audiência dos responsáveis nos seguintes moldes:

“9.3. com fundamento no art. 250, inciso IV, do Regimento Interno/TCU, promover a audiência dos responsáveis a seguir identificados, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, contado do recebimento das respectivas notificações, apresentem razões de justificativa, de forma individual ou em conjunto, se assim quiserem, quanto às falhas que lhes são atribuídas relativamente à Concorrência n. 3/2009, conforme detalhamentos adiante consignados:

9.3.1. Sra. Marília Barros Coelho, CPF 812.472.571-34, Sra. Lucélia Lima de Oliveira, CPF 944.638.911-91, e Sr. Marcos Santos Jorge, CPF 016.778.271-14, Sr. Pedro Rezende Tavares, CPF 291.752.321-20, e **Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva**, CPF 422.905.624-91, pelas irregularidades no processo da Concorrência n. 3/2009 (Achado 2.1):

9.3.1.1. falta de elementos mínimos necessários para configurar a existência de projeto básico suficiente, como a licença ambiental prévia, o estudo hidrológico das bacias dos córregos Lavapés e Lago, o memorial descritivo ou especificações técnicas, a versão final dos custos estimados e dos projetos técnicos contemplando o dimensionamento da rede coletora de águas pluviais, o traçado e outras características dos canais de drenagem a serem construídos, em inobservância às disposições legais, normativas e jurisprudenciais (§ 2º do art. 7º da Lei n. 8.666/1993, Resolução/Conama n. 237/1997, Acórdão 2.099/2011 – TCU – Plenário);

9.3.1.2. inexistência de dotação orçamentária para respaldar os custos deles decorrentes, em descumprimento ao art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 16, inciso II e § 1º,

inciso I, da Lei Complementar n. 101/2001, bem como às disposições do Acórdão n. 2.099/2011 – TCU – Plenário;”

24. O referido Acórdão 2.099/2011 – Plenário foi mencionado ao lado de disposições legais (Lei 8.666/1993, Lei Complementar 101/2001) e normativas (Resolução/Conama 237/1997), todas vigentes à época da Concorrência 3/2009, não cabendo arguir qualquer vício de Embargos Declaratórios para sustentar a inaplicabilidade do referido Acórdão 2.099/2011, o qual não inovara o entendimento do Tribunal relativamente às exigências das normas legais e regulamentar citadas. Portanto, a menção dessa deliberação no exame efetuado pela unidade técnica não colide com o princípio da legalidade, não configura ofensa ao princípio da irretroatividade legal/jurisprudencial, tampouco caracteriza qualquer dos vícios sanáveis por meio de Embargos de Declaração.

25. De todo ângulo em que se examinam os elementos recursais oferecidos pelo embargante pode-se concluir pela inoportunidade de omissão, obscuridade e contradição, razão por que cabe, no mérito, negar provimento aos Embargos de Declaração do Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva.

iii

26. A Sra. Marília Barros Coelho, invocando os vícios que autorizam o manejo de Embargos de Declaração, desenvolve a tese principal de que o valor da multa que lhe fora imposta é exorbitante, desigual em relação àquele aplicado aos membros da comissão de licitação e fere o princípio da isonomia.

27. Segundo o Acórdão 2.800/2016 – Plenário (subitens 9.4, 9.4.2 e 9.4.3), a multa, com base no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, foi de R\$ 5.000,00 à Sra. Marília Barros Coelho, então presidente da comissão de licitação, e de R\$ 3.000,00 à Sra. Lucélia Lima de Oliveira e ao Sr. Marcos Santos Jorge, ambos membros da aludida comissão.

28. Não há, por conta da divergência dos valores da pena aplicada, omissão, obscuridade ou contradição na decisão recorrida, tampouco qualquer violação ao princípio da isonomia a ser esclarecido na via estreita dos Embargos de Declaração.

29. Sobressaem dos elementos recursais oferecidos pela embargante o inconformismo com o montante da multa aplicada pelo Tribunal e o intuito de buscar afastar tal penalidade, ou, no mínimo, de reduzir seu valor à quantia da pena imposta aos membros da comissão de licitação, isto é, diminuir de R\$ 5.000,00 para R\$ 3.000,00.

30. No voto condutor do Acórdão embargado registrei que o extenso rol de falhas relacionadas à condução da Concorrência 3/2009, sob a presidência da ora embargante, além de evidenciar descumprimento claro às disposições da Lei de Licitações, concorreu para a restrição do caráter competitivo do certame, havendo somente um participante que, ao final, sagrou-se o vencedor.

31. E, de acordo com a gradação da pena em função da gravidade da falha apurada, prevista no art. 58, II, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, II, do RI/TCU, e considerando a relevância da atuação de cada um dos agentes da comissão de licitação, o Tribunal, acolhendo a proposta deste Relator, fez a dosimetria da pena, fixando maior valor para a multa da então presidente da comissão de licitação e menor quantia para a dos membros da comissão.

32. A recorrente ainda alega ser oneroso o pagamento da multa ainda que parcelado em trinta e seis vezes. Esse argumento, todavia, não evidencia qualquer vício sanável neste recurso específico de Embargos, de modo a alterar a penalidade imposta ou ainda a prévia autorização de parcelamento de que trata o subitem 9.5 do Acórdão recorrido.

33. No que se refere aos questionamentos da embargante, relacionados no subitem 8.4 do Relatório precedente, eles revelam a tentativa de revisão da pena em sede de Embargos de Declaração, pretensão inviável por falta de amparo legal.

34. Não obstante, vale lembrar que:

35.1. o Tribunal julgou graves as falhas apuradas e, por isso, aplicou a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, observando a gradação da pena para os responsáveis envolvidos;

35.2. a multa de R\$ 5.000,00, ainda que considerada “severa” pela recorrente, ficou abaixo de 10% do maior valor fixado para essa penalidade, cujo montante era de R\$ 54.820,84, conforme

mencionado alhures;

35.3. para as irregularidades ocorridas a sanção legal estipulada é multa; não há previsão de advertência;

35.4. as falhas incorridas eram de fácil constatação, conforme registrei no Voto condutor do Acórdão recorrido (item 45 do Voto do Acórdão 2.800/2016 – Plenário);

35.5. a alegação de deficiência na capacidade técnica para desempenhar as atribuições inerentes à presidência de comissão de licitação não serve para cancelar as irregularidades praticadas tampouco para elidir a multa aplicada ao agente infrator, que assumiu o ônus da presidir a aludida comissão;

35.6. “a primariedade de penalidades da embargante” não constitui, por si só, fator preponderante para afastar ou reduzir valor da multa; pesou na imposição da sanção o conjunto gravoso das irregularidades cometidas que restringiram a competição do certame.

35. Diante da inexistência dos vícios suscitados, cabe negar provimento aos Embargos de Declaração opostos pela Sra. Marília Barros Coelho e manter inalterados os termos do Acórdão 2.800/2016 – Plenário.

Ante o exposto, manifesto-me por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, 05 de abril de 2017.

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator