

GRUPO I- CLASSE II – 2ª Câmara

TC - 026.884/2010-0

**Processo apensos:** TC 020.117/2016-7, TC 015.063/2015-1, TC 005.136/2011-3, TC 016.597/2008-2, TC 012.409/2014-6.

**Natureza:** Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial)

**Entidades:** Caixa Econômica Federal, Município de Cuiabá - MT, Secretaria Executiva do Ministério das Cidades.

**Responsáveis:** Orozimbo José Alves Guerra Neto (CPF 108.302.941-04), Gervásio Madal de Assis (CPF 109.491.271 91), Quidauguro Marino Santos da Fonseca (CPF 086.183.051-20), José Antônio Rosa (CPF 178.248.421-34), Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (CPF 830.583.201-59), Andelson Gil do Amaral (CPF 087.353.178-76), Adilson Moreira da Silva (CPF 112.275.918-53), Ryta de Cássia Pereira Duarte (CPF 537.774.331-87), Wânia Cristina Nunes da Conceição (CPF 468.992.351-53), Cécila Marília Pires Nassarden (CPF 292.795.851-34) e Empresa Conspavi - Construção e Participação Ltda. (CNPJ 36.946.218/0001-80).

**Interessado:** Ministério Público Federal (CNPJ 03.636.198/0001-92).

**Recorrentes:** Orozimbo José Alves Guerra Neto (CPF 108.302.941-04), Gervásio Madal de Assis (CPF 109.491.271 91), Quidauguro Marino Santos da Fonseca (CPF 086.183.051-20), José Antônio Rosa (CPF 178.248.421-34), Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (CPF 830.583.201-59), Andelson Gil do Amaral (CPF 087.353.178-76), Adilson Moreira da Silva (CPF 112.275.918-53), Ryta de Cássia Pereira Duarte (CPF 537.774.331-87), Wânia Cristina Nunes da Conceição (CPF 468.992.351-53) e Cécila Marília Pires Nassarden (CPF 292.795.851-34).

**Representação legal:** Flávio José Pereira (OAB/MT 3.574) e outros, representando Andelson Gil do Amaral, José Antônio Rosa (OBA-MT 5493), em causa própria, Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (OAB-MT 7627-A), em causa própria e Guilherme Lopes Mair (32261/OAB-DF) e outros, representando Caixa Econômica Federal.

**Interessado em sustentação oral:** Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (OAB/MT 7627-A), em causa própria.

**SUMÁRIO:** RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E NA EXECUÇÃO DAS OBRAS DA

ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ÁGUA (ETA) TIJUCAL (CONCORRÊNCIA 3/2005; CONTRATO 16/2005). CONVERSÃO DE PROCESSO DE REPRESENTAÇÃO. CITAÇÃO. AUDIÊNCIA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. ELEMENTOS INCAPAZES DE MODIFICAR O JUÍZO FORMADO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA AOS RECORRENTES. ARQUIVAMENTO.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Reconsideração interpostos por Andelson Gil do Amaral (R001-Peça 76), José Antonio Rosa (R002-Peça 77), Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (R003-Peça 78), Gervásio Madal de Assis, Orozimbo José Alves Guerra Neto e Quidauguro Marino Santos da Fonseca (R004-Peça 79) e Adilson Moreira da Silva, Cécila Marília Pires Nassarden, Ryta de Cássia Pereira Duarte e Wânia Cristina Nunes da Conceição (R005-Peça 91), contra o Acórdão 7.249/2016-TCU-2ª Câmara, que julgou irregulares as contas dos reponsáveis, imputando-lhes, solidariamente, o débito apurado nos autos e aplicando-lhes multas com fundamento nos art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992 (Peça 34).

2. A Secretaria de Recursos procedeu ao exame de admissibilidade e de mérito às Peças 130 a 132, que abaixo reproduzo, como parte deste relatório:

### “[...]HISTÓRICO

2. A presente Tomada de Contas Especial-TCE resulta da conversão de processo de representação (Acórdão 5.134/2010-TCU-2ª Câmara, TC 016.597/2008-2) acerca de irregularidades no procedimento licitatório e na execução das obras da Estação de Tratamento de Água (ETA) Tijucal (Concorrência 3/2005; Contrato 16/2005), financiadas com recursos dos Contratos de Repasse 0186.327-52/2005 e 0218.038-44/2007, celebrados entre o município de Cuiabá/MT e o Ministério das Cidades.

2.1. A Secretaria de Infraestrutura Urbana-SeinfraUrbana, em encaminhamento acolhido na íntegra pelo MPTCU, propôs julgar irregulares as contas dos responsáveis, com imputação de débito no valor histórico de R\$ 3,63 milhões e aplicação de multa, ante a concessão irregular de realinhamento econômico-financeiro por meio do terceiro termo aditivo (3º TA) ao contrato celebrado para execução das obras.

2.2. Foram responsabilizados pelo débito, em solidariedade com a contratada - Conspavi Construção e Participação Ltda. - os seguintes gestores públicos: (i) diretor de obras da Secretaria Municipal de Infra Estrutura, Orozimbo José Alves Guerra Neto; (ii) engenheiro da mesma secretaria, Gervásio Madal de Assis; (iii) secretário municipal de infraestrutura, Quidauguro Marino Santos da Fonseca; (iv) procurador-geral adjunto e procurador-geral da municipalidade, Fernando Augusto Vieira de Figueiredo e José Antônio Rosa, respectivamente, todos ora recorrentes.

2.3. Adicionalmente, a unidade técnica propôs rejeitar as justificativas apresentadas por Andelson Gil do Amaral, ora recorrente, Secretário Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, em relação ao encaminhamento de projeto básico deficiente para a Concorrência 3/2005, e, em consequência, aplicar-lhe multa.

2.4. Propôs, igualmente, rejeitar a defesa apresentada pelos membros da comissão de licitação (Adilson Moreira da Silva, Ryta de Cássia Pereira Duarte, Wânia Cristina Nunes da Conceição e Cécila Marília Pires Nassarden), ora recorrentes, que haviam sido chamados em audiência pela elaboração do edital com cláusulas restritivas e pela falta de

publicação daquele instrumento convocatório, sem, no entanto, propor a aplicação de multa em função de atenuantes (Peça 36).

2.5. A Relatora *a quo*, Exma. Ministra Ana Arraes, por sua vez, incorporou, com os ajustes que considerou necessários, os pareceres da SeinfraUrbana e do *Parquet* especial a suas razões de decidir, mantendo em todos os aspectos a proposta da unidade técnica a exceção do afastamento da multa a ser aplicada aos membros da comissão de licitação, divergindo em relação à falta de publicação do resumo do edital, para o qual ponderou que não há atenuantes suficientes para afastar a aplicação das multas individuais (Peça 35), posicionamento que foi acompanhado pelos demais Membros do Colegiado desta Corte de Contas.

2.6. Irresignados, os gestores interpuseram os presentes recursos de reconsideração, que se fundamentam nas alterações que, adiante, passar-se-á a relatar.

#### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade efetuados por esta Secretaria (Peças 85-88 e 100), ratificados pelo Exmo. Ministro Raimundo Carreiro (Peças 94 e 102), que concluíram pelo conhecimento dos recursos de reconsideração, nos termos dos art. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 285 do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4, 9.6 e 9.7 do Acórdão recorrido, efeito suspensivo que se estende ao outro responsável condenado em solidariedade com os ora recorrentes por se tratarem de circunstâncias objetivas, com fulcro no art. 281 do RI/TCU.

#### **EXAME DE MÉRITO**

##### **4. Delimitação do recurso**

4.1. Constitui objeto dos presentes recursos definir se:

- a) o gestor atuou de forma escorreta no âmbito de suas funções;
- b) é possível a responsabilização de parecerista jurídico quando seu parecer, por dolo ou culpa, induzir o administrador público à prática de irregularidade ou causar prejuízos ao erário;
- c) houve uma interpretação desconforme dos preceitos do art. 202 do RITCU;
- d) o parecer técnico acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos eventuais prejuízos dele advindo;
- e) os membros da CPL atuaram de forma escorreta no âmbito de suas funções;
- f) houve violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da multa;
- g) os recursos fiscalizados eram federais ou municipais.

##### **5. Da atuação escorreta do gestor no âmbito de suas funções.**

5.1. Andelson Gil do Amaral, Secretário Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, à época, alega que adotou “todas as medida prévias e adequações para atender ao conjunto de elementos previstos nos artigos 6º e 7º da Lei n. 8.666/93”, com base nos seguintes argumentos (Peça 76, p. 3-16):

- a) objeta que o Acórdão recorrido não aponta “falha referente a tramitação, mas sim aponta irregularidade especificamente ao denominado ‘projeto básico’”, o qual, de acordo com a defesa, foi “elaborado com os dados que dispunha a Administração na ocasião, necessário e suficientes para permitir a caracterização da obra”;
- b) alterca que as irregularidades referentes ao Projeto Básico, que já vem sendo censurados desde o Relatório n. 215.183-CGU, “foram resolvidas nas Notas Técnicas 847, e 865, respectivamente datadas de 2/4/2009 e 3/4/2009 (peça 130, p. 141 à 148 dos autos)”, as quais não foram levadas em consideração;
- c) questiona o fato de o Acórdão recorrido não ter considerado que o Ministério Público e a justiça competente terem autorizado à continuidade das obras da ETA Tijucal, a qual estaria em atividade, com produção total e cumprindo integralmente sua finalidade;
- d) coloca que “não existiram prejuízos ao erário comprovados, fato este também não foi levado em consideração no i. acórdão objurgado”;
- e) pondera que a afirmação da existência da previsão na lei orçamentária no instrumento do certame é suficiente para contemplar a exigência legal de indicação “do recurso próprio para a despesa” e que tal irregularidade constitui excesso de formalismo;

f) arrazoa que sua conduta não pode ser enquadrada no inciso III do art. 58 da Lei 8.443/1992, pois não houve débito ao Erário e que não praticou ato com grave infração à norma legal ou regulamentar, e que “uma infração que não causa dano ao erário não pode ser considerada grave”.

**Análise:**

5.2. Cumpre lembrar que Andelson Gil do Amaral, Secretário Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT e presidente da CPL, à época, foi multado em R\$ 10.000,00 com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 (item 9.4 do Acórdão recorrido).

5.3. O recorrente argui que não pode ser apenado por esta Corte de Contas, pois não houve dano ao Erário comprovado, “má-fé ou locupletamento do responsável na utilização de tais recursos” e que o § 1º, do art. 32 da Lei das Licitações, “entrega à discricionariedade administrativa a dispensa, total ou parcial, da apresentação dos documentos previstos nos artigos 28 a 31, tratando-se de licitação mediante convite, concurso ou leilão, ou quando destinar-se a compra para pronta entrega do objeto”.

5.4. Diversamente do que alega a defesa foi quantificado vultoso dano ao Erário, o qual foi imputado a outros responsáveis. Outra premissa fática a ser considerada é que o recorrente foi multado com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 (item 9.4 do Acórdão recorrido), o qual prescreve que o TCU poderá aplicar multa ao responsável que tenha praticado ato “com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial”, ato administrativo que foi admoestado de forma apartada da apuração do dano.

5.5. A aplicação da multa fundamentou-se na prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar, ato irregular que se subsumiu a norma no momento em que o recorrente encaminhou projeto básico deficiente para a Concorrência 3/2005, referente à execução das obras da ETA Tijucal, Lote A.

5.6. De fato, neste caso específico, a análise cabível a afastar a imputação da multa reside na comprovação de que o responsável teria, à época, tomado todas as medidas de sua alçada para realizar a devida e a esmerada análise do projeto básico em questão ou que não tenha sido de sua responsabilidade a realização, a análise e o encaminhamento deste à aprovação.

5.7. As irregularidades encontradas no projeto básico foram devidamente delimitadas no Relatório que acompanha o Acórdão recorrido, *in verbis* (Peça 36, p. 16-17):

127. Na instrução da Secob-3 à peça 2, p. 174, do TC 016.597/2008-2, a Unidade Técnica resume o seguinte, acerca do projeto básico da Concorrência 3/2005 para a execução das obras da ETA Tijucal, Lote A:

49. Em resumo, a situação encontrada para o projeto básico da obra utilizado na licitação é: (i) o projeto de 2005 utilizado na licitação é composto de uma única prancha, sem cotas de dimensionamento dos elementos, nem cotas dos níveis do terreno; (ii) os elementos construtivos não estão devidamente representados; (iii) não foi verificada a existências de cortes, elevações, sondagens de solos, estudos prévios, nem dos projetos complementares; (iv) caracteriza-se por ter uma representação gráfica com níveis de estudo preliminar e não de projeto básico; (v) o orçamento-base foi apresentado de forma sintética, sem a definição clara dos serviços que comporiam o empreendimento; (vi) a construção da ETA propriamente foi cotada como verba no orçamento sintético no valor de R\$ 15.640.625,00, sem detalhamento desse valor.

50. Restou demonstrado que o projeto básico que pautou a Concorrência 03/2005 não atendeu às exigências legais, visto que foi desenvolvido sem elementos suficientes para descrever a obra e subsidiar de forma correta o processo licitatório e o orçamento-base foi apresentado de forma sintética, sem a definição clara de todos os serviços que comporiam o empreendimento.

(...)

133. Ressalte-se que não subsiste o argumento do defendente no sentido de que a Nota Técnica n. 2664, item 14 – CGU considerou definitivamente resolvida e sem pendências a

matéria relativa à realização de licitação "genérica", sem projeto básico e sem orçamento detalhado em planilhas de composição de custos unitários.

134. Na verdade, de acordo com a Nota Técnica – CGU, situada na peça 30, p. 144, do TC 016.597/2008-2, a planilha orçamentária apresentada àquele Órgão de Controle não expressava a composições dos custos unitários e o projeto básico não foi anexado à justificativa encaminhada pelo Município.

135. Com relação à constatação de ausência de previsão de recursos, o edital de licitação se limitava a afirmar que as despesas decorrentes do processo licitatório de Concorrência Pública 03/2005, correriam por conta de recursos próprios previstos no orçamento do Município. O TCU já enfrentou o tema, afirmando que:

Não é possível licitar obras e serviços sem que o respectivo orçamento detalhado, elaborado pela Administração, esteja expressando, com razoável precisão quanto aos valores de mercado, a composição de todos os seus custos unitários, nos termos do art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, tendo-se presente que essa peça é fundamental para a contratação pelo preço justo e vantajoso, na forma exigida pelo art. 3º da citada lei. (Acórdão 2.014/2007 – TCU – Plenário)

136. A simples afirmação da existência da previsão na lei orçamentária não afasta a irregularidade decorrente da ausência de indicação no instrumento do certame, de previsão orçamentária, inclusive com o nível de detalhamento exigidos pela lei.

137. Verifica-se que as manifestações não foram suficientes para elidir a irregularidade apontada no item 1.6.2 Acórdão 5134/2010 - TCU - 2ª Câmara. Enquanto Secretário Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, o Sr. Andelson Gil do Amaral não se cercou dos cuidados esperados da sua função. Ou seja, o responsável tinha o dever de supervisão dos atos praticados por seus subordinados, quando elaboraram e encaminharam projeto básico e o edital desatentos às determinações da Lei n.8.666/1993.

138. Verifica-se também o nexos de causalidade entre a inação (conduta omissiva) do Sr. Andelson Gil do Amaral e a irregularidade a ele imputada, consistente em encaminhar projeto básico deficiente para a Concorrência 3/2005, referente à execução das obras da ETA Tijucal, Lote A, em desacordo com o art. 6º, inciso IX, c/c art. 7º, da Lei n. 8.666/1993. (ênfases acrescidas)

5.8. Nesse sentido o Voto condutor do Acórdão recorrido (Peça 35, p. 4):

32. Do projeto básico encaminhado pela prefeitura em resposta à diligência (TC 016.597-2008-2, apenso; peças 24, p. 3, e 27, p. 4-41), consta apenas um projeto em folha única (referente à ETA Tijucal), que, segundo a unidade técnica, não apresentava cotas de dimensionamento dos elementos ou cotas dos níveis do terreno. Na planilha de orçamento, constaram vários itens indevidamente agregados, a exemplo do fornecimento e execução de ETA de concreto armado (inclusive base) no valor de R\$ 15.640.625,00 (peça 1 do TC 016.597-2008-2, apenso; p. 110).

33. A deficiência desse projeto fica ainda mais evidente na comparação com o “Contorno Norte/Sul de Cuiabá”, que constituiu o lote C da mesma concorrência. Desse documento constaram vários projetos e documentos suficientemente detalhados (peça 27 do TC 016.597-2008-2, apenso; p. 50 e 92-136).

34. Nem a recomendação da CGU, nem a suposta falta de questionamento pela CEF e pelo Ministério das Cidades permitem afastar a responsabilidade desse gestor, a quem competia instruir o processo de licitação com os documentos e informações legalmente exigidos.

35. Sobre a autorização para a continuidade da obra, o próprio excerto trazido pelo responsável deixa claro que, após as medidas adotadas pela prefeitura, teria sido verificado apenas o saneamento do sobrepreço, e não os demais apontamentos da CGU, entre os quais havia o questionamento sobre o projeto básico (peça 6, p. 10).

36. Ademais, a deficiência do projeto básico pode prejudicar o próprio processo licitatório e dificultar a verificação da adequação dos preços propostos pelas licitantes. Não é demais destacar que, no caso concreto, efetivamente foi detectado sobrepreço, que, após interferência da CGU, deu origem à celebração de aditivos para adequar os preços

do contrato aos de mercado, com redução no valor total de R\$ 1,42 milhão. (ênfases acrescidas)

5.9. De igual sorte, afastar a responsabilidade do gestor ocupante do cargo, que realizou o ato administrativo, única e exclusivamente com a premissa de que fora “elaborado com os dados que dispunha a Administração na ocasião, necessário e suficientes para permitir a caracterização da obra”, tornaria desprovido de responsabilidade o ocupante daquele cargo, pois se ele não estava completamente inteirado da composição dos documentos que avalizou, não deveria tê-lo feito sem antes se aprofundar no exame da questão.

5.10. Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que quanto ao conteúdo, dentre os atos administrativos em espécie, encontra-se o de aprovação, que a autora considera como um dos atos de controle, lecionando que este “é ato unilateral e discricionário pelo qual se exerce o controle a priori ou a posteriori do ato administrativo”, “no controle a posteriori equivale a seu referendo (cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, 1979:554)” (*in. Direito Administrativo, 20ª, pág. 214*).

5.11. Vê-se, então, que a aprovação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente e equivale a aprovar os procedimentos até então adotados e o conteúdo daquilo que aprova.

5.12. Esse ato de controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização.

5.13. Destarte, no âmbito desta Corte a regra geral é a responsabilização solidária da autoridade competente pelos vícios ocorridos pelos atos administrativos que aprova. Tal responsabilidade somente poderia ser afastada caso as irregularidades decorressem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis no âmbito da análise procedida pela autoridade encarregada da aprovação.

5.14. No caso concreto, entretanto, os vícios não podem ser considerados como “ocultos”.

5.15. Da referida omissão, negligência ou imperícia do dever de fiscalizar resultou a aprovação de projeto básico deficiente, ao arrepio da legislação pertinente.

5.16. Torna-se imperioso enfatizar que por meio da punição aplicada se almeja, primordialmente, reprimir e coibir atitudes semelhantes às encontradas naquela gestão.

5.17. Conclui-se, deste modo, que o recorrente praticou o ato de aprovar projeto básico deficiente, no legítimo exercício de seu cargo público, ato que não tem natureza meramente opinativa e que conduziu a contratação e a execução de obra sem o devido arcabouço técnico, ao arrepio do disposto no inciso IX do art. 6º da Lei 8.666/1993.

## **6. Da responsabilização do Parecerista Jurídico.**

6.1. José Antonio Rosa e Fernando Augusto Vieira de Figueiredo, procurador-geral e procurador-geral adjunto da municipalidade, entendem que não podem ser responsabilizados, pois em momento algum praticaram ato de gestão, pagamento, guarda, distribuição de valores ou dinheiro público, e acrescentam que “a elaboração de parecer, não vincula o ato administrativo”, com base nas seguintes alegações (Peça 77, p. 4-39 e 45-58 e Peça 78, p. 5-40 e 45-57):

a) compreendem que os atos no exercício da profissão de advogado são invioláveis, com fulcro no art. 133 da Constituição Federal de 1988 e art. 2º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil;

b) colocam que “o advogado parecerista opina, o que é obviamente diferente de decidir, ademais o parecer não é ato administrativo de cunho decisório”, ponderando que “quem assinou o referido Termo Aditivo, o qual supostamente causou prejuízo ao erário, sequer foi o peticionário, sendo o mesmo assinado por autoridade administrativa superior”;

c) José Antonio Rosa informa que a Lei Municipal Complementar 13, de 16/5/1994, “determina que os atos praticados pelo peticionário defendente devem ser submetidos a apreciação do Procurador Geral do Município, para que possam ser considerados válidos”;

d) alegam que basearam seus pareceres “em realidade fática, assinado por dois Engenheiros com larga experiência, e do quadro de servidores efetivos da Prefeitura

Municipal de Cuiabá, e frise ainda, em anexo as justificativas e planilhas, foi juntado parecer favorável emitido por técnicos da CEF” (documentos às Peça 77, p. 60-94 e Peça 78, p. 57-93);

e) declaram que “não efetuaram a aprovação das planilhas”, a qual estava fora de suas competências técnicas, buscando a interpretação jurídica do pedido, circunstâncias que não se tratam “de um realinhamento cuja observação de eventual erro/falha é de fácil entendimento de um homem médio com formação jurídica”;

f) citam decisões do TCU em cujos julgados foi afastada a responsabilidade do parecerista jurídico;

g) objetam que o fato superveniente e imprevisível que autorizava o reequilíbrio do contrato pode ser comprovado, no caso concreto, pela alta dos preços de forma não prevista, comprovada pelas notícias dos meios de comunicação e das notas fiscais, fatos que pautaram a atuação dos recorrentes, os quais circunscrevem o conhecimento possível a um advogado acerca do que estava ocorrendo com o mercado;

h) informam que entre a tabela de preços referência e o aditivo questionado passaram 4 anos, de 2005 a 2008, citam, por amostragem, a variação de preços de alguns insumos/materiais praticada pelo fornecedor exclusivo e outros reequilíbrios realizados por meio do TA inquinado;

i) entendem que o Supremo Tribunal Federal, por meio do MS 24.073/DF, “já se posicionou quanto a não responsabilização do Advogado Parecerista, quando não há dolo”, citam, no mesmo sentido, o MS 24.631/DF e jurisprudência do Tribunal Regional Federal-TRF da 1ª Região.

#### **Análise:**

6.2. Os pareceristas jurídicos, Fernando Augusto Vieira de Figueiredo e José Antônio Rosa, procurador-geral adjunto e procurador-geral da municipalidade, foram condenados em débito e multa prevista no art. 57 da LOTCU, nos termos dos itens 9.2 e 9.3 do Acórdão recorrido, por terem, respectivamente, elaborado parecer jurídico e subscrito o 3º TA, com anuência ao parecer jurídico.

6.3. Preliminarmente, em relação à competência do TCU para aplicar sanções aos pareceristas jurídicos a matéria se encontra assentada na jurisprudência desta Corte de Contas, bem como no Supremo Tribunal Federal-STF, sem, contudo, resvalar na inviolabilidade constitucional do livre exercício das profissões, nem mesmo ingerência na competência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a alumiar este entendimento o Acórdão 1.801/2007-Plenário-TCU, da lavra do Exmo. Ministro Relator Raimundo Carreiro:

4. No que concerne à isenção de pareceristas e à independência profissional inerentes à advocacia, a questão encontra-se pacificada junto a este Tribunal, bem assim junto ao Supremo Tribunal Federal, que evoluiu no sentido de que os pareceristas, de forma genérica, só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada, se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, legalidade, publicidade, dentre outros.

5. Ou seja, ao parecerista que sustenta opiniões técnicas plausíveis, razoáveis, embasado na boa técnica jurídica e na doutrina consagrada, ainda que fundamentado em convicções pessoais, e sendo seu parecer um instrumento que servirá para orientar o administrador público a tomar decisões, não deverá existir a imputação de responsabilização solidária ao gestor faltoso, porquanto tal parecer estará, como mencionado, livre de opiniões que possam ter carreado em si dolo ou culpa que, de alguma forma, poderiam induzir a erro.

6. Ao contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que possam ferir princípios como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, só para citar alguns exemplos, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades, haverá de existir, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquinados. (AC-1801-37/07-P - Sessão: 05/09/07 Grupo: I Classe: I Relator: Ministro Raimundo Carreiro - FISCALIZAÇÃO - INICIATIVA PRÓPRIA) (ênfases acrescidas)

6.4. Por intermédio dos Mandados de Segurança 24.073/02 e 24.584/07, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se acerca da responsabilidade do parecerista jurídico e do advogado público pelas peças opinativas que emitem, dando suporte aos atos praticados pelos administradores públicos.

6.5. Firmou-se, no âmbito do Pretório Excelso, o entendimento de que quando um parecer opinativo é homologado, o que subsiste como ato não é o parecer, em si, mas o ato de sua aprovação. Entende o STF que, nestes casos, os pareceristas são responsáveis por suas opiniões quando estas influem diretamente na tomada de decisão do administrador.

6.6. Portanto, a jurisprudência que aproveita ao deslinde do caso sub examine não é a da máxima Corte Judiciária do país, mas sim a desta Corte de Contas, cujo magistério pretoriano passa-se a invocar e expor.

6.7. Neste passo, traz à colação os seguintes trechos do voto condutor do Acórdão 2.665/2007 - Plenário, relatado pelo eminente Ministro Valmir Campelo, *in verbis*:

[...]

[VOTO]

26. Ressalto, ainda, que de acordo com a recente decisão do STF no Mandado de Segurança nº 24.584-DF, os pareceristas jurídicos são responsáveis por suas opiniões quando estas influem diretamente na tomada de decisão do administrador. Está demonstrado nos autos que o Sr. [omissis], Procurador Distrital, teve atuação decisiva para que os pagamentos ocorressem [...].

([AC-2665-30/07-1](#) Sessão: 04/09/07 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro Valmir Campelo - TOMADA E PRESTAÇÃO DE CONTAS). (ênfase acrescida)

5.8. Deste excerto jurisprudencial, é lícito extrair que, caso haja nexos causal entre o parecer jurídico e a tomada de decisão do administrador, este deve responsabilizado solidariamente ao gestor que induzirá ao erro.

6.9. No que concerne, especificamente, à questão do parecer jurídico, merecem ser transcritas, ainda, outros julgados que elucidam de forma clara a incidência de responsabilização do parecerista e se amoldam com perfeição à hipótese dos autos, posto que idênticas:

[Relatório]

5.3.2 Certamente, foi com base nessa disposição regimental que o pleito da [empresa] (fls. 51/52 - vol. 5) foi submetido à análise da Coordenação Jurídica. Esse órgão da Codesa manifestou-se favoravelmente à concessão do prazo de carência. Segundo o responsável, o parecer por ele emitido foi meramente opinativo, sem função vinculante. Para sustentar seus argumentos, o responsável transcreveu trechos da Decisão nº 1.101/2002 – Plenário

5.3.3 Admitindo-se como correta a tese do ex-Coordenador Jurídico, apenas o administrador sofreria sanção em razão de prática de irregularidade respaldado por parecer jurídico. Entretanto, não é esse o entendimento que se verifica no âmbito do TCU. A jurisprudência é no sentido de deixar de responsabilizar o gestor por ter atuado amparado em parecer jurídico devidamente fundamentado e alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência. No entanto, se o parecer não atender a tais requisitos, o advogado deverá responder solidariamente com o administrador que praticou o ato irregular. Esse é o entendimento contido na Decisão nº 289/96 – Plenário

5.3.4 Além disso, a tese defendida pelo ex-Coordenador Jurídico, se acolhida, levaria a uma insólita situação já vislumbrada no Acórdão nº 190/2001 - Plenário. Um gestor, tendo cometido ato irregular, poderia valer-se de argumentos de que agiu em conformidade com parecer emitido pelo órgão jurídico da entidade. A pessoa que havia elaborado o parecer - investida em cargo, emprego ou função de advogado -, por sua vez, poderia alegar que a sua manifestação tratava-se de simples opinião, que não vinculava.

Se assim ocorresse, instalar-se-ia o caos na Administração Pública: qualquer que fosse a irregularidade praticada, todos estariam eximidos de responsabilidade.

5.3.5 Por outro lado, pareceres jurídicos, em regra, não têm caráter obrigatório. O administrador pode agir de forma diversa do teor do parecer. Ou seja, o parecer não

vincula a atividade do administrador. Entretanto, esse fato não é suficiente para elidir a responsabilidade de servidor que subscreve o documento. Sobre o exercício dessa atividade, o Ministro Benjamin Zymler, no Voto que conduziu o Acórdão nº 19/2002 - Plenário, assim se posicionou: 'Esta atividade não pode ser tida como imune à responsabilização. O parecerista, ao assinar a peça que lhe cabe produzir por dever funcional, assume a responsabilidade pelo seu conteúdo. Não está livre para lançar peças contrárias ao direito. Deve, como qualquer servidor público, assumir as obrigações inerentes ao seu cargo.'

5.3.6 Portanto, não é admissível a um integrante de órgão jurídico da Administração Pública desejar não ser responsabilizado quando tiver lavrado parecer inconsistente e/ou desarrazoado. ([AC-2104-41/07-P](#) Sessão: 03/10/07 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça - FISCALIZAÇÃO – DENÚNCIA)

[Prestação de contas Anual. Responsabilização por parecer jurídico.]

[VOTO]

A responsabilidade do advogado autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em pelo menos duas esferas distintas. Na primeira, apurar-se-ia a responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, na qual caberia ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei 8.906/94, a aplicação das sanções disciplinares, como censura, suspensão, exclusão e multa nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia, sem exclusão da jurisdição comum, perante as autoridades judiciais competentes.

Na segunda, a responsabilidade imputada ao autor do parecer jurídico está inter-relacionada com a responsabilidade pela regularidade da gestão da despesa pública, disciplinada pela Lei 8.443/92, cuja fiscalização se insere no Agravo deste Tribunal, em hipóteses específicas de fraude e grave dano ao Erário.

É certo que a atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, ex vi do art. 70 caput, e 71, II, da Constituição Federal.

O fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que se encontra excluído do rol de agentes sob jurisdição deste Tribunal, nem que seu ato se situe fora do julgamento das contas dos gestores públicos, em caso de grave dano ao Erário, cujo principal fundamento foi o parecer jurídico, muita vez sem consonância com os autos.

Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário.

Sempre que 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.

A mera inscrição do servidor ou empregado público, na Ordem dos Advogados do Brasil, não serve de passaporte para a impunidade por condutas que tenham papel determinante na ocorrência de danos ao Erário ou de atos praticados com grave violação à ordem

jurídica, como intermitentemente tem ocorrido no âmbito do serviço público. ([AC-0462-16/03-P](#) Sessão: 07/05/03 Grupo: II Classe: IV Relator: Ministro - TOMADA E PRESTAÇÃO DE CONTAS) (ênfases acrescidas)

6.10. Por fim, destaca-se uma vez mais, dentro da mesma base jurisprudencial, o seguinte julgado, plenamente aplicável ao caso em análise, tendo em vista a identidade de argumentos recursais, neste e naquele processo, bem como a similitude das situações ventiladas:

[CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, APESAR DE O CONSELHO POSSUIR CORPO JURÍDICO PRÓPRIO E NÃO TER SIDO DEMONSTRADA A SINGULARIDADE DO OBJETO.]

[SUMÁRIO]

4. Embora não pratique diretamente a gestão de recursos públicos, o procurador ou assessor jurídico está sujeito à responsabilização por parecer eivado de ilegalidade, pois o ato por ele emitido passa a compor a fundamentação do ato administrativo defeituoso.

[ACÓRDÃO]

9.2. [...] aplicar multas [...] [aos responsáveis];

[VOTO]

9. [...] é reprovável a conduta do assessor jurídico, que não cuidou de verificar a caracterização da [...] singularidade [do objeto] e, em consequência, emitiu parecer eivado de ilegalidade que veio integrar a fundamentação do ato administrativo impugnado [contratação de serviços jurídicos por inexigibilidade de licitação, apesar de o Conselho possuir corpo jurídico próprio e não ter sido demonstrada a singularidade do objeto], sujeitando-se ao controle exercido por esta Corte.

10. O Tribunal tem fixado a responsabilidade do assessor jurídico que emite parecer com fundamentação insuficiente ou desarrazoada, desde que esse parecer subsidie a prática de ato de gestão irregular, como é o caso dos autos. Ao enfrentar o tema em sede de mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, manifestou o entendimento de que o advogado autor de parecer não pratica ato administrativo e, portanto, não pode ser responsabilizado solidariamente por irregularidades ou prejuízos ao Erário quando não configurado dolo, erro inescusável ou omissão praticada com culpa grave. Em pronunciamento recente, todavia, no bojo do Mandado de Segurança n. 24.584, o STF apreciou questão relativa à responsabilidade daquele que emite parecer sobre a regularidade de edital de licitação, oportunidade em que adotou posição análoga à do TCU (in ‘Responsabilidade perante o TCU: Prática e Jurisprudência’, p. 177/178, Instituto Serzedello Corrêa, maio/2008). ([AC-2124-22/08-1](#) Sessão: 02/07/08 Grupo: I Classe: VI Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa - FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO) (ênfases acrescidas)

6.11. No caso concreto, o parecer jurídico integrou a sequência de procedimentos que levaram à celebração do termo aditivo com realinhamento irregular, o que estabeleceu liame causal entre o parecer e o ato danoso. A ausência de fundamentação desse parecer motiva a responsabilização de seu autor, na linha de várias deliberações do TCU (e.g. Acórdãos 1.730/2015 - 1ª Câmara e 1.161/2010 - Plenário).

6.12. Notório, portanto, que a ausência de considerações sobre a situação concreta em questão no parecer jurídico, o qual se limitou a reproduzir o dispositivo legal e a doutrina sobre a possibilidade em tese de reequilíbrio (p. 153-160 da Peça 29 do TC 016.597/2008-2, apenso;), influenciando diretamente na celebração do termo aditivo com realinhamento irregular, a qual afronta diretamente a legislação, a doutrina e a jurisprudência pátria, que deveria ser levada em consideração no momento da análise jurídica empreendida.

6.13. Reafirma-se que não se exigiu que, no parecer jurídico, fossem detectados erros na planilha, mas seria exigível que fosse detectada a ausência de justificativas para assegurar a subsunção do caso concreto às hipóteses legais previstas, especialmente porque a proposta mencionava planilha baseada apenas nas notas fiscais apresentadas, sem qualquer avaliação técnica do impacto e da suficiência dessa documentação para fundamentar a necessidade de reequilíbrio.

6.14. A sequência de irregularidades cometidas pelos gestores municipais e que possibilitaram a celebração do 3º TA foi didaticamente exposta no excerto do Voto condutor do Acórdão recorrido (Peça 35, p. 3):

26. As notícias de jornal com informações sobre aumentos de custos de insumos são insuficientes para validar o realinhamento. O contrato previa reajuste com base no índice de Reajustamento de Obras de Construção Civil (peça 4 do TC 016.597/2008-2, apenso; p. 122). Dessa forma, os aumentos de insumos mencionados deveriam ter reflexo nesses índices e, em regra, seriam adequadamente compensados por meio de reajuste com base na fórmula contratualmente prevista.

27. Não houve demonstração das circunstâncias excepcionais com efeitos quantificados que teriam extrapolado as condições normais de execução e prejudicado o equilíbrio global do contrato, de modo a justificar a necessidade extraordinária de realinhamento. E as manifestações do setor jurídico endossaram a celebração do 3º TA com esse erro grave, que deu causa ao prejuízo.

6.15. Por conseguinte, da análise dos fatos e dos documentos constantes na presente TCE verifica-se o nexo de causalidade entre a conduta dos procuradores e a celebração do termo aditivo com realinhamento irregular, quando o primeiro elaborou Parecer Jurídico atestando a legalidade de termo aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro, e o segundo subscreveu o 3º Termo Aditivo ao Contrato 16/2005 e anuiu com Parecer Jurídico, baseados apenas em notas fiscais apresentadas pela Empresa Contratada.

6.16. 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 art. 71, inciso II, da Constituição Federal responsabiliza aqueles que derem causa a perda, extravio “ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”.

6.17. A responsabilização solidária do parecerista por dolo ou culpa decorre da própria Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), a qual, 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 ensejar a responsabilização pelas irregularidades e prejuízos aos quais tenha dado causa.

6.18. 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”. (ênfases acrescidas)

6.19. 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”. (ênfases acrescidas)

### **7. Da interpretação sistemática do art. 202 do RITCU.**

7.1. Conclamam que se tivessem “agido de má-fé, possivelmente, tal obra não estaria concluída, como é o caso de milhares de obras públicas brasileiras, e dezenas delas no Estado de Mato Grosso e alguns no próprio município de Cuiabá”, com base nas seguintes alegações (Peça 77, p. 39-41, Peça 78, p. 41-42, Peça 79, p. 4-5 e 28-30):

a) José Antonio Rosa e Fernando Augusto Vieira de Figueiredo se insurgem contra a afirmação de que teriam agido de má-fé e que o aditivo não ultrapassou o limite de 25% previsto na Lei de Licitações o que corroboraria a boa fé dos recorrentes;

b) reproduz excertos de sumários de decisões desta Corte de Contas;

c) apresenta seu entendimento em relação à teoria do fracionamento de despesas nos contratos e licitações.

#### **Análise:**

7.2. Insta esclarecer que a interpretação sistemática do art. 202 do RITCU amolda-se à dupla natureza do débito apurado pelo TCU, punitiva e indenizatória. Nos casos concretos, ao ser reconhecida a boa-fé do agente, isto é, a não reprovabilidade de sua conduta, restará afastada a função punitiva do débito, remanescendo, no entanto, a indenizatória, entendimento exposto nos Acórdãos 40/1999-Plenário, 1.702/2005 e 723/2007-1ª Câmara e 932/2006-2ª Câmara, todos do TCU.

7.3. Na presente TCE, a conduta dos recorrentes, como analisado no item anterior, contribui de forma decisiva para a aplicação de forma irregular dos recursos públicos federais confiados à municipalidade, os quais ainda não foram restituídos, o que torna a conduta deles reprovável, não sendo, portanto, reconhecida sua boa-fé. Isto, no entanto, não enseja afirmar que o gestor agiu de má-fé, apenas não se pode reconhecer sua boa-fé, uma vez que, repita-se, existe débito apurado e não quitado. Logo, o débito segue, *in casu*, com sua natureza punitiva e indenizatória, não sendo possível aplicar a previsão do §2º do art. 12 da LOTCU c/c §2º do art. 202 do RITCU.

7.4. No tocante à prática de ato eivado de má-fé ou da ocorrência de dano ao erário, destaca-se que a condenação em débito dos recorrentes não decorreu da comprovação de qualquer ato contaminado de má-fé. Em nenhum momento das análises técnicas, do relatório, do voto ou acórdão combatido, que compõem os autos, há menção a esse tipo de conduta, contra a qual os recorrentes se insurgem.

### **8. Da responsabilidade civil do parecerista técnico pelos eventuais prejuízos dele advindo.**

8.1. Orozimbo José Alves Guerra Neto, Gervásio Madal de Assis e o espólio de Quidauguro Marino Santos da Fonseca, respectivamente, diretor de obras, engenheiro e secretário da Secretaria Municipal de Infra Estrutura, entendem que não podem ser responsabilizados, pois em momento algum praticaram ato de gestão, pagamento, guarda, distribuição de valores ou dinheiro público, e acrescenta que “a elaboração de parecer, não vincula o ato administrativo”, com base nas seguintes alegações (Peça 79, p. 5-28):

- a) objetam que o fato superveniente e imprevisível que autorizava o reequilíbrio do contrato pode ser comprovado, no caso concreto, pela alta dos preços de forma não prevista, comprovada pelas notícias dos meios de comunicação e das notas fiscais, fatos que pautaram a atuação dos recorrentes, os quais circunscrevem o conhecimento possível a um advogado acerca do que estava ocorrendo com o mercado;
- b) informam que entre a tabela de preços referência e o aditivo questionado passaram 4 anos, de 2005 a 2008, citam, por amostragem, a variação de preços de alguns insumos/materiais praticada pelo fornecedor exclusivo e outros reequilíbrios realizados por meio do TA inquinado;
- c) destacaram que “a atuação firme, correta e de comprovada boa fé dos recorrentes gerou economia milionária aos cofres municipais”;
- d) citam jurisprudência do Tribunal Regional Federal-TRF da 1ª Região em relação ao reequilíbrio econômico e o fato imprevisível;
- e) colacionam documentos à Peça 79, p. 35-74.

**Análise:**

8.2. Os pareceristas técnicos foram condenados em débito e na multa prevista no art. 57 da LOTCU, nos termos dos itens 9.2 e 9.3 do Acórdão recorrido, por terem assinado o parecer técnico que fundamentou o 3º TA e que incorporou o realinhamento de preços (p. 88-93 da Peça 3 do TC 016.597/2008-2, apenso). Constatou-se do parecer apenas a menção à planilha anexa que justificaria o novo valor do contrato. Não foram apresentadas nem análises ou justificativas para esse acréscimo de valor, nem outros pareceres ou documentos produzidos por técnicos da Companhia de Saneamento acerca da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro.

8.3. O secretário municipal de infraestrutura, Quidauguro Marino Santos da Fonseca, foi responsabilizado por ter assinado o 3º TA, o qual expressamente destacou não só o reajuste, mas também o realinhamento de preços (cláusulas primeira e terceira; p. 76 da Peça 3 do TC 016.597/2008-2, apenso).

8.4. Existindo parecer técnico que, por dolo ou culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que firam princípios da administração pública, haverá responsabilidade solidária entre gestores e pareceristas. Esta Corte de Contas tem posição firmada nesse sentido (Acórdãos 1.327/2007-TCU-1ª Câmara, 2.064/2009-TCU-2ª Câmara e 1.487/2006-TCU-Plenário).

8.5. Além disso, há a hipótese de responsabilidade individual do parecerista, quando sua manifestação, viciada por erro técnico de difícil detecção, conduzir o gestor a equívoco. Nessa linha restou julgado no Acórdão 62/2007-TCU-2ª Câmara que:

Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar o posicionamento a ser adotado pelas instâncias decisórias, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos possíveis prejuízos daí advindos. (ênfase acrescida)

8.6. O parecer técnico, assim como o jurídico, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos eventuais prejuízos dele advindo. O teor do art. 186 do Código Civil conduz a esta 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”.

8.7. Embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gere, arrecade, guarde e administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista técnico 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”.

8.8. A Relatora *a quo* expôs a fragilidade e a ilegalidade dos atos administrativos emanados pelos ora recorrentes (Peça 35, p. 1-2), *in litteris*:

9. São alegações insuficientes para descaracterizar a irregularidade. O contrato previa fórmula padrão de reajuste que foi utilizada, no mesmo aditivo, para reajustamento no

valor de R\$ 2,54 milhões, relativo aos serviços da segunda etapa (peça 2 do TC 016.597/2008-2, apenso; p. 167). Já a possibilidade adicional de realinhamento (reequilíbrio econômico-financeiro) está condicionada à comprovada ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato de príncipe.

10. Não foram apresentadas evidências hábeis a justificar o realinhamento. O procedimento de aceitar notas fiscais de fornecedores da contratada desconsiderou os descontos oferecidos no processo licitatório e é insuficiente para caracterizar qualquer das hipóteses legais previstas para reequilíbrio econômico-financeiro, que não visa diretamente à manutenção do lucro da contratada.

8.9. Nesse sentido, a análise da unidade técnica contida no Relatório que acompanha o Acórdão recorrido foi taxativa ao demonstrar o nexo causal entre a conduta dos responsáveis e as irregularidades a eles imputadas, por atuarem em desconformidade com o art. 65, inciso I, “d”, da Lei n. 8.666/1993, quando elaboraram e encaminharam parecer técnico atestando a justificativa de realinhamento econômico-financeiro por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados, excertos do original (Peça 36, p. 8-9):

49. A alta dos preços de insumos da construção civil, alegada pelos defendentes, não configura de plano fato superveniente imprevisto capaz de autorizar a repactuação, manejada pelos gestores. Os índices de reajustamento contratual são o instrumento hábil para corrigir essa variação de preços. Caberia aos gestores demonstrar, inequivocamente, a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Sobre esse tema, cabe trazer excerto do Voto condutor do Acórdão 2.408/2009-TCU-Plenário:

Indispensável que a revisão de preços encontrasse amparo na teoria da imprevisão dos contratos administrativos.

Somente se admite a repactuação, quando decorre de fato: a) superveniente; b) imprevisível, ou previsível, mas de consequências incalculáveis; c) alheio à vontade das partes; e d) que provoque grande desequilíbrio ao contrato.

A elevação anormal do preço de serviço, decorrente de variação inesperada dos seus custos, pode motivar a revisão dos preços contratados, desde que observados todos os pressupostos legais. Tal situação deve ser objetiva e exaustivamente demonstrada.

A comprovação da necessidade de reajustamento do preço, resultante da suposta elevação anormal de custos, exige a apresentação das planilhas de composição dos preços contratados, com todos os seus insumos, e dos critérios de apropriação dos custos indiretos da contratada.

50. Ademais, não se admite a recomposição dos preços contratados, alegando apenas que os preços de mercado estão superiores aos ofertados durante a licitação. Mesmo que admissível o realinhamento da avença em face da oscilação dos preços de mercado posteriores à contratação, no caso em análise, tal alegação mostra-se insustentável, conforme demonstrado a seguir.

51. Os relatórios de fiscalização e notas técnicas emitidas pela CGU, assim como a inspeção e as diligências realizadas in loco por esta Corte de Contas, mostram que não foram acostados aos autos pesquisas de preços referentes aos itens que tiveram seus valores aumentados.

52. A Conspavi, responsável pela execução das obras, interessada no realinhamento, não apresentou justificativa para repactuação, mas apenas notas fiscais. Estes fatos permitem concluir que o procedimento de repactuação foi instruído apenas com notas fiscais da empresa acompanhadas de planilha que reproduzia os itens e preços constantes dessas notas. Os responsáveis não apresentaram pesquisas ou análises com vistas a comparar tais preços com os preços de mercado.

53. Na inspeção in loco, a Secob-3 concluiu que o realinhamento foi baseado meramente em notas fiscais de produtos adquiridos pela contratada. Os valores nas notas eram substancialmente superiores aos orçado à época. Além disso, foram acrescentados

elevados percentuais que incidiram sobre os valores das notas fiscais apresentadas (percentuais diferentes para cada serviço). Adicionalmente, os serviços objeto de realinhamento não estavam discriminados no orçamento base do edital do processo licitatório (peça 1, p.63).

54. Quanto à alegada impossibilidade de levantar preços de itens de origem ou fornecimento exclusivo caberia aos gestores ao menos certificar-se da fidedignidade dos valores. Além disso, nem todos os itens da planilha são originários de fornecedor exclusivo e a Justificativa Técnica para repactuação não apontava a relação dos itens de origem exclusiva, que justificariam a inexigibilidade de cotação de preços, nem o levantamento de preços dos demais itens.

55. Por outro lado, sabe-se que, em qualquer atividade comercial, as recompensas estão indissociavelmente ligadas aos riscos e às incertezas. Por isso, o particular, ao firmar contrato com a Administração deve previamente analisar e prever na proposta apresentada, a oscilação de preços típica do mercado dos insumos da construção civil. Tal cuidado configura o mecanismo necessário para preservar ou alcançar a relação desejada no início, de modo a assegurar a execução satisfatória do contrato, evitando intercorrências prejudiciais para as partes contratantes, tal como ocorreu no presente caso.

56. A oscilação normal dos preços presentes em economias estabilizadas não constitui fato capaz de justificar repactuação contratual com amparo na teoria da imprevisão, como quiseram os defendentes. Tal teoria socorre os contratantes nas hipóteses de ocorrência de fato do príncipe, fato da administração ou ainda em decorrência de caso fortuito ou força maior, o que não se confunde com mera oscilação de preços, típica da acomodação do mercado. (ênfases acrescidas)

8.10. De igual sorte, afastar a responsabilidade do gestor ocupante do cargo, que realizou o ato administrativo, única e exclusivamente com a premissa de que os documentos já estavam prontos e consolidados para serem assinados, tornaria desprovido de responsabilidade o ocupante daquele cargo, pois se ele não estava completamente inteirado da composição dos documentos que avalizou, não deveria tê-lo feito sem antes se aprofundar no exame da questão.

8.11. Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que quanto ao conteúdo, dentre os atos administrativos em espécie, encontra-se o de aprovação, que a autora considera como um dos atos de controle, lecionando que este “é ato unilateral e discricionário pelo qual se exerce o controle a priori ou a posteriori do ato administrativo”, “no controle a posteriori equivale a seu referendo (cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, 1979:554)” (*in*. Direito Administrativo, 20ª, pág. 214).

8.12. Vê-se, então, que a aprovação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente e equivale a aprovar os procedimentos até então adotados e o conteúdo daquilo que aprova.

8.13. Esse ato de controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização.

8.14. Destarte, no âmbito desta Corte a regra geral é a responsabilização solidária da autoridade competente pelos vícios ocorridos pelos atos administrativos que aprova. Tal responsabilidade somente poderia ser afastada caso as irregularidades decorressem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis no âmbito da análise procedida pela autoridade encarregada da aprovação.

8.15. No caso concreto, entretanto, os vícios não podem ser considerados como “ocultos”.

8.16. Da referida omissão, negligência ou imperícia do dever de fiscalizar resultou a assinatura do 3º TA com potencial dano ao Erário, posteriormente comprovado, ao arripio da legislação pertinente.

8.17. Torna-se imperioso enfatizar que por meio da punição aplicada se almeja, primordialmente, reprimir e coibir atitudes semelhantes às encontradas naquela gestão.

8.18. Logo, a atuação do recorrente caracterizada por erro grosseiro o torna responsável solidário com os gestores pela irregularidade encontrada.

8.19. A ausência de comprovação da boa e da regular aplicação dos recursos repassados é incapaz de alterar o juízo de valor outrora firmado, remanescendo o débito apurado. Por sua vez, a aflição de multa decorreu deste julgamento em débito, cujo respaldo jurídico se encontra no art. 57 da Lei 8.443/1992.

#### **9. Da atuação escoreita dos membros da CPL no âmbito de suas funções.**

9.1. Os membros da CPL, ora recorrentes, objetam que a multa aplicada deve ser afastada, pois não agiram com má-fé, dolo, em conluio ou obtiveram vantagem, com base nos seguintes argumentos (Peça 91, p. 2-28):

a) afirmam que em momento algum “concorreram para lesar a competitividade, muito menos não dar publicidade ao” certame;

b) admitem que “o erro fora seguir o padrão que há muito a prefeitura de Cuiabá vinha adotando para licitações nessa modalidade (recurso próprio)”;

c) afirmam que “não existia recurso de convênio (federal) quando da publicação dos editais. (fonte 100 - vide item 15 do Edital n. 03/2005) A obra seria INTEGRALMENTE paga com recursos próprios (fonte 100)” (ênfase do original). Fato que foi, inclusive, contestado por uma das concorrentes, ofício à Peça 91, p. 54;

d) pontuam, em seguida, que “somente após formalização do contrato, com expedição de ordem de serviço, é que SURTIU o recurso (convênio) federal assinado com o Ministério das Cidades e DNIT causando todo esse imbróglio, culminando a uma INJUSTA penalização” (ênfases do original);

e) os membros da CPL relatam que a Concorrência foi publicada em 22/4/2005, o contrato foi assinado com a empresa adjudicada em 10/6/2005, conquanto o Convênio em questão tenha sido firmado em 30/12/2005, ao fim do processo licitatório. Aduzem que o processo licitatório seguiu os ditames da Lei 8.666/1993;

f) justificam que não publicaram no Diário Oficial do Estado-D.O.E., em virtude de ter sido definido pelo município de Cuiabá a publicação na Gazeta Municipal ou n D.O.E. como o veículo oficial para as “publicações dos atos administrativos daquele Poder, nos moldes do art. 1º da Lei 679/1963 e art. 63 da Lei Orgânica do Município de Cuiabá”, em observância ao art. 118 da Lei de Licitações e Contratos;

g) conclamam que exigir a publicação em D.O.E., naqueles certames que não envolvem verba federal ou estadual, fere a autonomia administrativa municipal;

h) colacionam o edital da Concorrência 3/2005 (Peça 91, p. 29-54), cláusula 15 – Fonte dos Recursos (Peça 99, p. 39).

#### **Análise:**

9.2. Os membros da CPL foram multados com fundamento no art. 58, inciso II. Cumpre relembrar que Andelson Gil do Amaral, Secretário Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, à época, foi multado em R\$ 10.000,00 com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 (item 9.4 do Acórdão recorrido).

9.3. De fato, neste caso específico, a análise cabível a afastar a imputação da multa reside na comprovação de que os responsáveis teriam, à época, tomado todas as medidas de suas alçadas para realizar a devida e a escoreita publicação do certame, impingindo-lhe a ampla publicidade e ampliando seu alcance competitivo.

9.4. Com efeito, caso se chegue à conclusão de que os fatos e documentos, acostados aos autos pelos recorrentes, são hábeis o suficiente para comprovar a ação diligente destes ou a falta de suas competências pelos atos inquinados, as multas que lhes foram cominadas, posto que tenham perdido seu suporte de validade, deverão ser relevadas.

9.5. *A contrario sensu*, evidentemente, se a argumentação carreada aos autos não se mostrar materialmente suficiente a evidenciar a conduta diligente dos recorrentes ou a afastar suas responsabilidades, as multas deverão ser mantidas.

9.6. Os recorrentes reafirmam que seguiram a praxe administrativa vigente naquela administração e adotaram os procedimentos competentes em uma licitação que, até o final de suas atuações, seria totalmente custeada com recursos municipais.

9.7. A alegação dos recorrentes de que o processo licitatório se utilizou de regras mais simplificadas, atendendo apenas as exigências dos regramentos municipais, porque a

obra seria integralmente custeada com recursos próprios, não se sustenta diante aos fatos apurados, uma vez que a publicação no Diário de Cuiabá em 23/4/2005, suscitada pela defesa, já asseverava, de forma expressa, que a licitação, regida pela Lei 8.666/1993, contava com dotação: “Convênio e Recursos Próprios” (ênfase acrescida) (p. 25-26 da Peça 24 do TC 016.597/2008-2, apenso).

9.8. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.

#### **10. Da violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da multa.**

10.1. Consideram, por fim, que a multa aplicada individualmente, respectivamente, no valor de R\$ 10.000,00 para Adelson Gil do Amaral, no valor de R\$ 5.000,00, em relação aos membros da CPL, e no valor de R\$ 500.000,00 para os gestores condenados para recompor o Erário, foi medida desproporcional, desrespeitando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (Peça 76, p. 14-15, Peça 77, p. 41-43 e Peça 78, p. 43-44, Peça 79, p. 30-32).

#### **Análise:**

10.2. Cabe ressaltar que, em relação à Adelson Gil do Amaral e aos membros da CPL, ora recorrentes, o fundamento da aplicação de multa decorreu da prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza financeira, operacional e patrimonial, cujo respaldo jurídico se encontra no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992, o que não guarda qualquer relação com a apuração de eventual dano ao Erário, apesar dele ter sido apurado na presente TCE.

10.3. Insta ponderar que as sanções de multa aplicadas aos recorrentes nos valores, respectivamente, de R\$ 5.000,00 e 10.000,00, devem ser estipuladas entre cinco e cem por cento do valor atualizado do montante estipulado no caput do art. 58, da LOTCU, o que, por sua vez, se encontrava normatizado e atualizado pela Portaria 4, de 13/1/2016 (sob o amparo do § 1º do art. 268 do RI/TCU), a qual o fixou em R\$ 54.820,84 para o ano de 2016.

10.4. Portanto, à luz desses dispositivos, os valores aplicados de R\$ 5.000,00 e 10.000,00 correspondem, respectivamente, a 9,12 e 18,24% do valor máximo determinado pelo normativo. O que, por sua vez, se encontra dentro dos parâmetros estabelecidos pelo RI/TCU e, por consectário lógico, dentro dos propósitos dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo legal e regimentalmente embasado.

10.5. No que tange aos condenados pelo débito apurado, ora recorrentes, a multa aplicada no valor de R\$ 500.000,00, teve por fundamento o art. 57 da Lei 8.443/1992, a qual será valorada em até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário. Portanto, à luz deste dispositivo e considerando que o débito imputado perfaz o montante, em 21/6/2016 (Peça 50) de R\$ 8.168.581,11, o valor aplicado de R\$ 500.000,00 corresponde a menos de 6,12 % do valor máximo retrocitado, atualizado em 21/6/2016.

10.6. Verifica-se, sobremaneira, que a dosimetria aplicada se mostra bastante razoável e proporcional a gravidade apontada. Além de se inserir perfeitamente na margem discricionária legalmente conferida a esta Casa para a realização efetiva do controle externo no âmbito da administração pública federal.

10.7. Torna-se imperioso enfatizar que por meio da punição aplicada se almeja, primordialmente, reprimir e coibir atitudes semelhantes às encontradas naquela gestão.

10.8. Sobressai, portanto, no caso concreto, que somente atuando nos exatos ditames legais haverá a aplicação dos recursos públicos com a devida transparência e publicidade, princípios inerentes a esta atividade pública. Do contrário, o controle dos recursos estará sendo burlado, escancarando, assim, inúmeras possibilidades de desvio e de malversação dos valores que deveriam ser utilizados única e exclusivamente em benefício do bem comum.

#### **11. Da não utilização de recursos federais.**

11.1. Entendem que o Acórdão recorrido “diz expressamente que não se tratam de recursos federais, logo a sua fiscalização não seria de competência desse respeitável órgão”. Aduzem que a devolução de valores à União, no caso concreto, denotaria

verdadeiro enriquecimento ilícito (Peça 77, p. 43-45, Peça 78, p. 44-45 e Peça 79, p. 32-34).

11.2. Os membros da CPL afirmam que “não existia recurso de convênio (federal) quando da publicação dos editais (fonte 100 - vide item 15 do Edital n. 03/2005). A obra seria INTEGRALMENTE paga com recursos próprios (fonte 100)”. Pontuam, em seguida, que “somente após formalização do contrato, com expedição de ordem de serviço, é que SURTIU o recurso (convênio) federal assinado com o Ministério das Cidades e DNIT causando todo esse imbróglio, culminando a uma INJUSTA penalização” (ênfases do original).

11.3. Os membros da CPL relatam que a Concorrência foi publicada em 22/4/2005, o contrato foi assinado com a empresa adjudicada em 10/6/2005, conquanto o Convênio em questão tenha sido firmado em 30/12/2005, ao fim do processo licitatório (Peça 91, p. 8-9).

#### **Análise:**

11.4. Remete-se a análise empreendida quando sopesados os argumentos dos membros da CPL, na qual ficou constatado que a alegação de que a obra teria sido integralmente custeada com recursos próprios não se sustenta diante aos fatos apurados, uma vez que a publicação no Diário de Cuiabá em 23/4/2005, suscitada pela defesa, já asseverava, de forma expressa, que a licitação, regida pela Lei 8.666/1993, contava com dotação: “Convênio e Recursos Próprios” (ênfase acrescida) (p. 25-26 da Peça 24 do TC 016.597/2008-2, apenso), o que afasta as tergiversações de que “não se tratam de recursos federais”.

11.5. Sobressai, portanto, no caso concreto, que somente atuando nos exatos ditames legais haverá a aplicação dos recursos públicos com a devida transparência e publicidade, princípios inerentes a esta atividade pública. Do contrário, o controle dos recursos estará sendo burlado. Escancarando, assim, inúmeras possibilidades de desvio e de malversação dos valores que deveriam ser utilizados única e exclusivamente em benefício do bem comum.

#### **CONCLUSÃO**

12. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) o recorrente praticou o ato de aprovar projeto básico deficiente, ao arrepio do disposto no inciso IX do art. 6º da Lei 8.666/1993;

b) os pareceristas são responsáveis por suas opiniões quando estas influem diretamente na tomada de decisão do administrador. Não se exigiu que, no parecer jurídico, fossem detectados erros na planilha, mas seria exigível que fosse detectada a ausência de justificativas para assegurar a subsunção do caso concreto às hipóteses legais previstas, especialmente porque a proposta mencionava planilha baseada apenas nas notas fiscais apresentadas, sem qualquer avaliação técnica do impacto e da suficiência dessa documentação para fundamentar a necessidade de reequilíbrio;

c) o débito segue, *in casu*, com sua natureza punitiva e indenizatória, não sendo possível aplicar a previsão do §2º do art. 12 da LOTCU c/c §2º do art. 202 do RITCU;

d) o parecer técnico acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos eventuais prejuízos dele advindo;

e) a alegação dos recorrentes de que o processo licitatório se utilizou de regras mais simplificadas, atendendo apenas as exigências dos regimentos municipais, porque a obra seria integralmente custeada com recursos próprios, não se sustenta diante aos fatos apurados, uma vez que a publicação no Diário de Cuiabá em 23/4/2005, suscitada pela defesa, já asseverava, de forma expressa, que a licitação, regida pela Lei 8.666/1993, contava com dotação: “Convênio e Recursos Próprios” (ênfase acrescida) (p. 25-26 da Peça 24 do TC 016.597/2008-2, apenso);

f) a dosimetria aplicada se mostra bastante razoável e proporcional a gravidade apontada. Além de se inserir perfeitamente na margem discricionária legalmente conferida a esta Casa para a realização efetiva do controle externo no âmbito da administração pública federal;

g) os fatos atestam que, desde a publicação no Diário de Cuiabá em 23/4/2005, os

recursos necessários para a execução do ajuste seriam dotados por meio de convênio e de recursos próprios, o que afasta as tergiversações de que “não se tratam de recursos federais”.

12.1. Ante o exposto, não foi trazido aos autos nenhum argumento que detenha o condão de modificar o julgado de origem, Acórdão 7.249/2016-TCU-2ª Câmara, motivo por que este não está a merecer reforma, devendo ser, por consequência, prestigiado e mantido.

#### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

13 Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I e 33 da Lei 8.443/1992 e art. 285 do RI/TCU:

a) conhecer dos recursos de reconsideração interpostos por Orozimbo José Alves Guerra Neto (CPF 108.302.941-04); Gervásio Madal de Assis (CPF 109.491.271 91); Quidauguro Marino Santos da Fonseca (CPF 086.183.051-20); José Antônio Rosa (CPF 178.248.421-34); Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (CPF 830.583.201-59); Andelson Gil do Amaral (CPF 087.353.178-76); Adilson Moreira da Silva (CPF 112.275.918-53); Ryta de Cássia Pereira Duarte (CPF 537.774.331-87); Wânia Cristina Nunes da Conceição (CPF 468.992.351-53); Cécila Marília Pires Nassarden (CPF 292.795.851-34) e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) dar conhecimento aos recorrentes, ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado de Mato Grosso e aos órgãos/entidades interessados da deliberação que vier a ser proferida. [...]”.

3. O Ministério Público junto a este Tribunal, em cota singela, manifesta-se de acordo com a proposta da unidade técnica.

É o Relatório.