

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 013.206/2008-8

Apensos: TC 028.392/2009-6

TC 020.474/2010-5

Natureza: Pedido de Reexame.

Unidade: Município de Matriz de Camaragibe/AL.

Recorrentes: Ely Afonso Bezerra de Mendonça (CPF 021.769.604-08); Djalma Aprígio dos Santos (CPF 509.457.504-04); Marcos Antônio Trindade de Oliveira (CPF 431.329.524-00); Altanis Lima de Oliveira (CPF 678.442.194-91); Benedito Pereira da Silva (CPF 134.318.704-49); Marcos Paulo do Nascimento (CPF 650.763.384-49) e Cícero Cavalcante de Araújo (CPF 846.808.908-78).

Advogados: Ricardo Nobre Agra (OAB/AL 3.595) e Adeílson Teixeira Bezerra (OAB/AL 4.719).

SUMÁRIO: PEDIDOS DE REEXAME. IRREGULARIDADES EM LICITAÇÕES PARA AQUISIÇÃO DE MERENDA ESCOLAR. IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de pedidos de reexame interpostos contra o acórdão 3.389/2010 - Plenário pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça, Djalma Aprígio dos Santos, Marcos Antônio Trindade de Oliveira, Altanis Lima de Oliveira e Benedito Pereira da Silva, ex-membros de comissão de licitação da Prefeitura de Matriz de Camaragibe/AL, e pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo, ex-prefeitos do município.

2. Na decisão combatida, o Tribunal, em face de irregularidades em processos licitatórios e contratações financiadas com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, no período de 2002 a 2006, aplicou multa no valor de R\$ 5.000,00 aos membros de comissão de licitação e de R\$ 20.000,00 aos ex-prefeitos. Além disso, promoveu a inabilitação dos ex-chefes do executivo municipal ao exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal pelo prazo de cinco anos e declarou a inidoneidade das empresas envolvidas por um período de três anos.

3. Adoto como parte de meu relatório a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos – Serur (fls. 16-29 do anexo 10), que teve concordância do titular em exercício da unidade técnica (fl. 30, anexo 10):

Trata-se de representação formulada pela Controladoria-Geral da União, que encaminhou a este Tribunal relatório de auditoria realizada no Município de Matriz de Camaragibe/AL, no qual evidencia diversas irregularidades e fraudes ocorridas nas licitações e contratações de fornecimentos de merenda escolar e em outros programas federais.

2. As principais irregularidades encontradas nas licitações referentes ao Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, no período de 2002 a 2006 são as seguintes:

i. processos licitatórios com indícios de fraude, com empresas com sócios em comum participando do mesmo certame;

- ii. empresas participantes e contratadas arroladas na Operação Guabiru da Polícia Federal, que investigou fraudes nas licitações e contratações de fornecimentos de merenda escolar e em outros programas do FNDE em municípios alagoanos;
- iii. inexistência de fato de empresas participantes;
- iv. algumas empresas com ramo de atividade incompatível com o fornecimento de merenda escolar; e
- v. ausência de parcelamento da despesa, ocasionando fracionamento, em detrimento do entendimento desta Corte e o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93.

3. Por conseguinte, este Tribunal prolatou o Acórdão 3.389/2010–TCU–Plenário (*in verbis*):

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela Controladoria-Geral da União, em decorrência de irregularidades na aplicação dos recursos repassados ao Município de Matriz de Camaragibe/AL, relativos ao Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE e outros, exercícios de 2002 a 2006,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, em:

9.1. com fundamento no art. 69, II, da Resolução TCU n.º 191/2006 c/c os arts. 235 e 237, II, do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente Representação para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Djalma Aprígio dos Santos, Benedito Pereira da Silva, Marcos Antônio Trindade de Oliveira, Altanis Lima de Oliveira e Ely Afonso Bezerra de Mendonça, membros da comissão permanente de licitação do Município de Matriz de Camaragibe/AL, aplicando-lhes, individualmente, com fundamento no art. 58, II, da Lei nº 8.443/1992, a multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, III, alínea "a", do Regimento Interno, o recolhimento das referidas quantias ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a data dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo, ex-prefeitos do Município de Matriz de Camaragibe/AL, aplicando-lhes, individualmente, com fundamento no art. 58, II, da Lei nº 8.443/1992, a multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, III, alínea "a", do Regimento Interno, o recolhimento das referidas quantias ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a data dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. com fundamento no art. 60 da Lei nº 8.443/1992, inabilitar os Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo, ex-prefeitos do Município de Matriz de Camaragibe/AL, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal pelo prazo de 5 (cinco) anos;

9.6. com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992, declarar a inidoneidade das empresas abaixo indicadas, para participarem, por 3 (três) anos, de licitação no âmbito da Administração Pública Federal, ou cujo objeto seja custeado com recursos federais:

(...)

9.7. com fundamento no art. 37 da Resolução TCU n.º 191/2006, determinar a constituição de processo apartado, de tomada de contas especial, para fins de citação dos responsáveis a seguir indicados, nos termos propostos na instrução da Secex/AL:

9.7.1. Sr. Cícero Cavalcante de Araújo, ex-prefeito municipal, solidariamente com a empresa Metrópolis Comércio e Representações Ltda. - CNPJ: 03.939.306/0001-04, para apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, a quantia de R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, desde 14/6/2002, até a data do efetivo recolhimento, em razão das irregularidades verificadas no exercício de 2002 na gestão do Programa Dinheiro Direto na Escola - PDDE;

9.7.2. Sr. Cícero Cavalcante de Araújo, ex-prefeito municipal, solidariamente com a empresa Comercial Paris Ltda. - CNPJ: 05.361.322/0001-80, para apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, a quantia de R\$ 10.600,00 (dez mil e seiscentos reais), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, desde 17/7/2003, até a data do efetivo recolhimento, em razão das irregularidades verificadas no exercício de 2003, na gestão do Programa Dinheiro Direto na Escola - PDDE;

9.8. determinar à SECEX-AL que monitore o cumprimento das determinações acima, representando ao Tribunal caso necessário.

9.9. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto, à Procuradoria da República em Alagoas, à Controladoria-Geral da União - CGU e ao Tribunal de Contas do Estado de Alagoas - TCE/AL.

4. Neste passo, examina-se pedidos de reexame interpostos pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça, Djalma Aprígio dos Santos, Marcos Antônio Trindade de Oliveira, Altanis Lima de Oliveira, Benedito Pereira da Silva, ex-membros da comissão de licitação, bem como pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo, ex-prefeitos de Matriz de Camaragibe, contra o acórdão *supra*.

ADMISSIBILIDADE

5. Reitera-se os exames preliminares de admissibilidade (fls. 13-15 do Anexo 4, 11-12 do Anexo 5, 30-31 do Anexo 6, 32-33 do Anexo 7, 17-18 do Anexo 8, 9-10 do Anexo 9, 12-13 do Anexo 10, ratificados à fl. 15 do Anexo 10 pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Ubiratan Aguiar, que concluiu pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 3.389/2010–Plenário.

MÉRITO

6. Seguem os argumentos apresentados pelos recorrentes com as correspondentes análises de mérito:

1º argumento: apresentado pelo Sr. Ely Afonso Bezerra de Mendonça:

7. O recorrente foi membro da Comissão de Licitação apenas no ano de 2004, sendo, portanto, desproporcional a pena aplicada.

Análise do 1º argumento apresentado pelo Sr. Ely Afonso Bezerra de Mendonça:

8. *Ad argumentandum tantum*, ainda que se considere o fato alegado de o recorrente ter sido membro da Comissão de Licitação somente no ano de 2004, não se pode relegar ao oblióvio de que houve irregularidades em diversos convites no ano de 2004: Convites 06, 07, 10, 15, 16, 17, 19, 25 e 27. Isto justifica a pena aplicada ao Sr. Ely, nos termos do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

9. Quanto ao valor aplicado de multa (R\$ 5.000,00), é de se observar que se encontra dentro da faixa prevista no art. 268, II, do Regimento Interno deste Tribunal: entre 5 e 100 % do valor de R\$ 36.814,50 (trinta e seis mil, oitocentos e quatorze reais e cinquenta centavos), fixado pela Portaria Normativa–TCU–92/2010, de 30/3/2010. Daí porque se opina no sentido de que o 1º argumento apresentado pelo Sr. Ely Afonso Bezerra de Mendonça não é procedente.

2º argumento: apresentado pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça, Djalma Aprígio dos Santos, Marcos Antônio Trindade de Oliveira, Altanis Lima de Oliveira e Benedito Pereira da Silva:

10. Se a anormalidade foi da modalidade da licitação e havia conluio como aduz o relatório, o problema foi articulado pelos empresários e não pelos recorrentes.

11. Não lhes pesaram qualquer responsabilidade pela formulação do ato convocatório do certame e muito menos pela minuta do instrumento de contrato que se previa fosse afinal celebrado, eis que apenas lhe vieram aprovados pela Procuradoria-Geral do Município.

12. A modalidade de licitação era definida pelo valor disponível no orçamento e respectivo financeiro, que eram estabelecidos pelo Secretário de Educação, cabendo à comissão apenas operacionalizar o procedimento licitatório.

13. Após parecer e aprovação pela Procuradoria Geral do Município, cabia tão somente à Comissão exercer papel operativo, ou seja, verificar se os procedimentos, quanto à habilitação das empresas e

propostas estavam dentro dos valores praticados no mercado e, ao final, verificar a qualidade e os melhores preços ofertados.

14. Exerceu a CPL atividade meramente operativa, além do que rigidamente submissa a peças técnicas que lhe foram fornecidas, após a aprovação, repise-se, pelos órgãos especializados e pela Procuradoria Jurídica Municipal, que funcionava como uma espécie de maestro dos certames.

Análise do 2º argumento apresentado pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça, Djalma Aprígio dos Santos, Marcos Antônio Trindade de Oliveira e Benedito Pereira da Silva:

15. Observa-se que a irregularidade ora em exame foi decorrente do fracionamento de despesa, vez que o valor total repassado no exercício de 2004 exigia de forma flagrante a licitação na modalidade tomada de preços, mas foi dividida a despesa de forma a permitir a realização de vários convites, em descumprimento ao disposto no art. 23, II, “b”, e §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993.

16. Ora, é comezinho que os membros da comissão de licitação têm a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes (art. 6º, XVI, da Lei 8.666/1993). Ademais, responderão solidariamente por todos os atos praticados pela aludida comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão (art. 51, § 3º, da Lei de Licitações).

17. Assim, vale transcrever a lição de Marçal Justen Filho, ao comentar o § 3º do art. 51 da Lei 8.666/1993, no sentido de que

Se o sujeito, por negligência, manifesta sua concordância com ato viciado, torna-se responsável pelas consequências (*in* Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª Ed., São Paulo: Dialética, 2001, p. 496).

18. Destarte, não procede o argumento de tentar transferir a responsabilidade pela irregularidade em apreço aos empresários, à Procuradoria do Município de Matriz de Camaragibe ou ao Secretário de Educação, máxime porque se trata de irregularidade de fácil percepção, que não demanda nenhum esforço maior do intérprete. É dizer: houve negligência dos recorrentes em não fazer constar em ata as suas discordâncias com a modalidade correta de licitação, que deveria ser tomada de preço, e não convite.

19. A conduta dos recorrentes contribuiu de forma decisiva para a ocorrência da irregularidade em testilha, cerceando a possibilidade de terceiros participarem dos certames, em face da falta de publicidade e do direcionamento indevido por meio dos convites.

20. Nessa ordem de ideias, não merece ser acolhido o 2º argumento do recorrente.

3º argumento: apresentado pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça e Djalma Aprígio dos Santos:

21. O relatório do acórdão ora recorrido relata que o recorrente infringiu o art. 51, § 3º, da Lei 8.666/1993, motivo que levou à aplicação da multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Ocorre que a Lei de Licitações, na seção que trata dos crimes e das penas, dispõe sobre as infrações que merecem ser aplicadas àqueles que infringirem o referido diploma, sendo que o recorrente não incorreu em nenhum dos artigos mercedores de penação.

Análise do 3º argumento apresentado pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça e Djalma Aprígio dos Santos:

22. Os artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993 descrevem vários crimes cujas penas são de detenção e de multa. Trata-se, portanto, de condutas tipificadas para fins penais.

23. Por outro lado, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União trata, dentre outros temas, de irregularidades administrativas, as quais não necessariamente estão relacionadas com os ilícitos penais descritos na Lei de Licitações e Contratos. Daí porque vale dizer que “a instância administrativa é independente da judicial” (Benjamin Zymler, *in* Direito Administrativo e Controle, Belo Horizonte: Editora Forum, 2005, p. 480).

24. Posta assim a questão, entende-se que não deve ser acatado o 3º argumento do recorrente.

4º argumento: apresentado pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça, Djalma Aprígio dos Santos e Marcos Antônio Trindade de Oliveira:

25. No caso do Convite 001-A/2005, deve-se considerar que a Secretaria Municipal de Educação, ao requerer a compra dos alimentos (em 8/7/2005) informou que o quantitativo referia-se às despesas a serem realizadas até o final do exercício de 2005. Assim, mesmo não constando no processo a pesquisa prévia de preços, mas considerando que o então prefeito informou que as despesas estavam orçadas em R\$ 74.500,00, valor este situado na faixa relativa à modalidade convite, não houve irregularidade na utilização dessa modalidade.

Análise do 4º argumento apresentado pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça, Djalma Aprígio dos Santos e Marcos Antônio Trindade de Oliveira:

26. O 4º argumento não diz respeito ao Sr. Ely Afonso Bezerra de Mendonça, eis que o Convite 001-A/2005 diz respeito ao exercício de 2005, ano em que o Sr. Ely não integrava a comissão de licitação.

27. *Ad argumentandum tantum*, ainda que se considere procedente o argumento apresentado, é de se observar que ao Sr. Djalma Aprígio dos Santos foi imputada multa em razão de irregularidades em muitos outros convites (10/2002, 16/2002, 4/2003, 6/2003, 11/2003, 6/2004, 7/2004, 10/2004, 15/2004, 16/2004, 17/2004, 19/2004, 25/2004, 27/2004, 011-A/2005, 014-A/2005 e 7/2006); ao Sr. Marcos Antônio Trindade de Oliveira em razão de irregularidades nos Convites 011-A/2005, 014-A/2005 e 7/2006. Daí porque se opina no sentido de não ser procedente a exclusão da multa que lhes foi aplicada, tampouco a redução do seu montante.

5º argumento: apresentado pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça, Djalma Aprígio dos Santos, Marcos Antônio Trindade de Oliveira, Altanis Lima de Oliveira e Benedito Pereira da Silva:

28. Não se pode deslembrar, em se examinando a situação exposta e os fundamentos contidos no acórdão recorrido, que não se detectou dano ao erário, de onde se infere que o colegiado não agiu com dolo, no que de pronto enseja a decretação de reforma ou anulação do julgado, excluindo-se a multa aplicada ao recorrente.

Análise do 5º argumento apresentado pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça, Djalma Aprígio dos Santos, Marcos Antônio Trindade de Oliveira, Altanis Lima de Oliveira e Benedito Pereira da Silva:

29. Entende-se que o dano não foi ao erário, mas aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade, bem como a terceiros, que foram impedidos de participar dos certames em virtude da falta de publicidade e do direcionamento indevido por meio dos convites.

30. Seguem os argumentos apresentados pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo, acompanhados das correspondentes análises de mérito:

1º argumento apresentado pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo:

31. É fundamental considerar que os peticionários, nas condições de Chefes do Executivo Municipal, não podem ser tomados como fiadores universais da regularidade dos referidos procedimentos licitatórios. Semelhante entendimento costeia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de exceder em muito o significado legal do ato de homologação do certame licitatório, única providência diretamente atribuível aos defendentes.

Análise do 1º argumento apresentado pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo:

32. É de mister ressaltar que a cadeia decisória na Administração Pública visa a assegurar a regularidade dos atos, pressupondo um controle de cada instância superior sobre a inferior. Vale dizer: a atuação de cada gestor não pode ser meramente figurativa e destituída de responsabilidade. Nesse sentido, vem à balha a doutrina do preclaro Hely Lopes Meirelles:

A fiscalização hierárquica é exercida pelos órgãos superiores sobre os inferiores da mesma Administração, visando a ordenar, coordenar, orientar e corrigir suas atividades e agentes. É inerente ao poder hierárquico, em que se baseia a organização administrativa, e, por isso mesmo, há de estar presente em todos os órgãos do executivo. São características da fiscalização hierárquica a

permanência e a automaticidade, visto que se exercita perenemente, sem descontinuidade e independentemente de ordem ou solicitação especial. É um poder-dever de chefia, e, como tal, o chefe que não a exerce comete inexação funcional (*in* Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 33ª Ed., 2007, p. 672).

33. Assim, para o deslinde da presente questão, é de rigor considerar a doutrina de Marçal Justen Filho:

A homologação envolve duas ordens de considerações, uma no plano da legalidade, outra no da conveniência. Preliminarmente, **examinam-se os atos praticados para verificar sua conformidade com a lei** e o edital. Tratando-se de um juízo de legalidade, a autoridade não dispõe de competência discricionária. **Verificando ter havido nulidade, deverá adotar as providências adequadas a eliminar o defeito** (grifos acrescidos) (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2001, p. 441).

34. Nessa ordem de ideias, a responsabilidade dos ex-prefeitos exsurge do fato de serem, à época dos fatos, os ocupantes do ápice da cadeia decisória no Município de Matriz de Camaragibe, a quem cabia a homologação dos certames e, por via de consequência, a verificação da conformidade dos editais com a Lei 8.666/1993.

2º argumento apresentado pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo:

35. Os peticionários determinaram à comissão de licitação e à Procuradoria Jurídica Municipal que se pautassem no mais estrito cumprimento da Lei 8.666/1993, trazendo, como fato novo, pareceres da lavra da Procuradoria Jurídica Municipal, além das Portarias Municipais 6/2001, 7/2001, 8/2001, 130/2003, 131/2003 e 132/2003, em que se determina a capacitação dos servidores que integram as comissões de licitação, bem como a necessidade de parecer prévio da Procuradoria do Município acerca dos editais de licitação.

36. Competia à Comissão Permanente de Licitação, e não aos peticionários, conduzir todo o certame licitatório e zelar pela sua regularidade e legalidade, inclusive verificando a compatibilidade dos preços ofertados com os do mercado.

37. Uma vez constituída a Comissão Permanente de Licitação, designado três servidores para gerenciar os procedimentos licitatórios, suas responsabilidades são intransferíveis. Por isso, não se pode imputar eventual responsabilidade da autoridade que assinou o contrato, depois de o procedimento licitatório ter sido examinado pelas unidades administrativas competentes.

38. Desconsidera o relatório de auditoria que a atuação da procuradoria jurídica no procedimento licitatório relativo aos certames auditados, emitindo parecer, teve conteúdo decisório com grau de vinculação em relação às opções homologatórias tomadas pelos defendidos, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações.

39. Se houve irregularidade, resta, via de consequência, demonstrada a omissão da procuradoria, que atestou a legalidade dos atos e contratos. Não foi o ato homologatório do defendente, mas sim o parecer exarado pela procuradoria que possibilitou as ordens de compra. Vale ressaltar, ademais, que as minutas do edital e do contrato foram mantidas nas suas integralidades.

40. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.

41. Os peticionários não tinham por que duvidar da regularidade nas licitações, pois tinha o parecer jurídico da Procuradoria Jurídica Municipal ratificando a regularidade do certame e reconhecendo a aptidão para a celebração dos correspondentes contratos dos serviços licitados. Não se pode acusar qualquer gestor público por ter simplesmente homologado licitações que, até então, não se tinha conhecimento de irregularidade.

Análise do 2º argumento apresentado pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo:

42. Para o deslinde da presente questão, traz-se à colação o seguinte excerto de voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Joaquim Barbosa, por ocasião da apreciação do Mandado de Segurança 24.584-1 no Supremo Tribunal Federal:

(...) no atual momento da jurisprudência do STF e face à necessidade de sua atualização, acredito que seja possível formular as seguintes premissas para o exame de questões como a presente:

A) No silêncio da lei, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera, em princípio, responsabilidade do parecerista. A contrário senso, e a bem da coerência do sistema, não cabe extrair desta conclusão que o administrador também se isenta de responsabilidade, pois se a lei lhe reconhece autoridade para rejeitar entendimento da consultoria, também lhe imputa as eventuais irregularidades do ato. Esse é o entendimento firmado no MS 24.073, ressaltando que se aplica a ressalva desse julgado quanto à possibilidade de verificação de “erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo” (trecho da ementa do MS 24.073).

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 o parecerista responde conjuntamente com o administrador, pois é também administrador nesse caso.

(...)

Examino a lei de regência da matéria.

Diz o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93 (com a redação dada pela Lei 8.883/94):

“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”.

A exigência legal de aprovação das minutas pela assessoria jurídica da Administração caracteriza, sem dúvida, a vinculação do ato administrativo ao parecer jurídico favorável. Note-se que a lei não se contenta em estabelecer a obrigatoriedade da mera existência de um parecer jurídico de conteúdo opinativo ou informativo. Não. Ela condiciona a prática dos atos ao exame e à aprovação do órgão jurídico.

Na esteira do que já afirmei no meu voto, essa vinculação gera um compartilhamento do poder administrativo entre o administrador e o Procurador ou chefe da assessoria jurídica, cujo parecer definitivo condiciona a prática do ato administrativo.

(...)

Em suma, se o advogado privado tem de prestar contas ao seu cliente, mais forte e constritiva deve ser a obrigação do advogado público de responder perante a Administração, perante os órgãos de controle e perante a sociedade pelos atos que pratica, especialmente em situações como a dos autos, em que a lei nitidamente estabelece um compartilhamento do poder decisório entre o administrador o órgão de assessoria jurídica. E isto porque, vale repetir: o administrador público jamais poderá praticar os atos administrativos descritos no supracitado dispositivo da Lei 8.666/93 sem a anuência do advogado público. Por esta razão, pode ele vir a ser co-responsabilizado em caso de irregularidades na prática dos referidos atos. Esta é uma regra comezinha de direito público, a que os anglo-saxões dão o sugestivo nome de *accountability*, ou seja, a responsabilidade e a obrigatoriedade imposta aos agentes públicos de prestar contas de seus próprios atos.

43. Nessa ordem de ideias, verifica-se que, *ex vi* do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, nos certames em apreço, os pareceres emitidos pela Procuradoria Jurídica do município de Matriz de Camaragibe tinham um caráter vinculativo, embora essa vinculabilidade não significasse que os prefeitos recorrentes não pudessem rejeitar os pareceres. Poderiam, motivadamente, e assumindo, aí, sim, os alcaides, toda a responsabilidade.

44. Entrementes, o que ocorreu é que os ex-prefeitos recorrentes acolheram os pareceres oriundos da procuradoria jurídica do município, os quais deixaram escapar falhas grosseiras da minuta de edital, cuja percepção, em acurada análise jurídico-formal, típica de seu ofício, lhes impunha, por força do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993. Em razão do art. 43, inciso VI, da Lei 8.666/1993, também cabia aos alcaides recorrentes o dever de verificação da regularidade dos atos praticados pela comissão de licitação.

45. Posta assim a questão, considerando a pertinência do voto do Ministro Joaquim Barbosa, seria de se propor que os procuradores jurídicos do município de Matriz de Camaragibe, que atuaram nos certames de 2001 a 2006 em que foram verificadas as irregularidades em testilha, fossem ouvidos em audiência, ante a possibilidade de ser-lhes aplicada a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. Registre-se, de qualquer forma, que a eventual responsabilização dos pareceristas jurídicos e dos integrantes da Comissão de Licitação em nada alteraria a extensão da responsabilidade dos ex-prefeitos recorrentes, delimitada nos termos do item precedente desta instrução.

46. Ocorre que é de mister ter presente a lição de José Afonso da Silva:

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu ius perseguendi. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: ‘A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada” (grifos acrescidos) (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 10ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 619).

47. Destarte, observa-se a incidência do princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos, com a única exceção prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Vale dizer, é imprescritível, tão-somente, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário.

48. Posta assim a questão, é de se entender que a possibilidade de este Tribunal aplicar punições está, também, sujeita à incidência do princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e que, por falta de regulamentação própria na Lei Orgânica do TCU, é de se aplicar analogicamente o disposto na Lei 9.873, de 23/11/1999, a qual “estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências”.

49. É nesse mesmo diapasão a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Ocorrida a irregularidade em matéria de contas públicas, nasce para a sociedade, personalizada no Estado, por intermédio do tribunal de contas, a pretensão de punir os responsáveis.

Essa pretensão é consumida pela ação do tempo, observadas as normais causas de interrupção e de prescrição. Exaurindo-se o lapso temporal, sem que a administração pública procure apurar o fato de que tinha ciência, ocorre a chamada prescrição punitiva da Administração, em conformidade com a tradicional teoria do direito penal (...).

Denomina-se intercorrente a prescrição que se consuma pela superveniência do curso do lapso temporal, após a interrupção ou suspensão do processo. Pode efetivamente ocorrer que, diante de uma irregularidade, a administração pública inicie a apuração, mas posteriormente abandone de tal modo a apuração, revelando tal descaso com o já manifestado interesse de punir, que decorra integralmente novo lapso prescricional. (...)

Como visto, as normas são silentes sobre o tema, ressalvado o dever de ressarcir o erário que, por força da Constituição Federal, é imprescritível. À primeira vista, seria necessária legislação específica para regular o tema.

O recurso à analogia deve-se fazer, preferencialmente, entre normas de direito público, dentre essas, as de direito administrativo; na ausência dessas, as de direito tributário; depois penal, e só em último caso, ainda assim se for compatível, as normas de direito privado.

(...) Dentre as várias normas, a que guarda maior identidade com as situações do controle externo e com a matéria de direito público, notadamente administrativo, é a lei que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta [Lei 9.873/1999], por regular norma bastante semelhante, pertinente à prescrição da ação punitiva diante do poder de polícia. Definiu esse diploma legal:

- a) o prazo geral de 5 anos;
- b) o prazo de três anos para a prescrição intercorrente;
- c) a interrupção da prescrição pela ocorrência de um dos seguintes motivos:
- c1) citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
- c2) qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
- c3) decisão condenatória recorrível (*in* Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2003, p. 561-563).
50. Nessa vereda, transcreve-se a ementa do Recurso Especial 894.539-PI, apreciado no STJ: ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.
1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.
2. **Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.**
3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ)” (grifos acrescidos).
4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário.
51. Observa-se que o entendimento ora apresentado distoa da jurisprudência deste Tribunal, conforme ressaltado pelo Ministro Augusto Sherman Cavalcanti ao se referir ao precedente *supra* do STJ (Acórdão 545/2011 – 2ª Câmara), bem como pela resenha de jurisprudência sistematizada assente no TCU:
- De qualquer forma, em que pese esse entendimento do STJ quanto à prescrição quinquenal em relação à penalização do agente público, nas diversas oportunidades em que esta Corte de Contas foi confrontada com defesas em que se alegava tal julgado, os órgãos Colegiados do TCU não acolheram esse entendimento por considerar tratar-se de decisão isolada, sem repercussão sobre a jurisprudência desta Corte que vem se mantendo em conformidade com a regra prescrita no Código Civil. Naquelas ocasiões, os julgados deste Tribunal mantiveram o entendimento de que a prescrição para a punição de ilícitos praticados pelo agente público, de que não resulte dano, mas violação a normas e princípios, é a geral, prevista no Código Civil, atualmente, fixada em dez anos, conforme o art. 205 do Código Civil. Andaram nesse sentido os acórdãos 771/2010-Plenário, 1460/2010-Plenário, 4014/2010-2ª Câmara e 8348/2010-1ª Câmara.

RESENHA - área: PROCESSUAL; tema: PRAZO; subtema: Prescrição

Título	PRETENSÃO PUNITIVA EXERCIDA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Origem	Resenha de Jurisprudência - elaborada pela Secretaria das Sessões
Situação	Consolidada
Texto	A prescrição quinquenal, prevista na Lei 9.873/1999 que regula a ação punitiva movida pela Administração Pública Federal, não atinge a atividade judicante desta Corte, cujo fundamento legal

	tem escopo no exercício do controle externo, constitucionalmente previsto, e não no exercício do poder de polícia.
Datas	Última alteração do texto: 29.10.2008
Controle	112 4 2 2 4.93 0

52. No entanto, vem à balha a doutrina de Manoel Antônio Teixeira Filho:

O que se deve levar em conta, conforme entendemos, para o fim de definir se a sentença está convenientemente fundamentada, é o fato de as razões e os argumentos manejados pelo juiz serem juridicamente sustentáveis, ainda que, como dissemos, estejam, eventualmente, em dissonância com a orientação em voga na doutrina e jurisprudência. Afinal, a História do pensamento humano está repleta de opiniões heterodoxas que, tempos depois, se tornaram prevaletentes, seja pela excelência dos argumentos em que se basearam, seja por motivos de ordem política e o mais (grifos acrescidos) (in A sentença no processo do trabalho, 4. Ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 315)

53. Assim, considerando:

- A) o disposto no § 5º do art. 37 da Constituição Federal;
- B) a doutrina de José Afonso da Silva;
- C) a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby;
- D) o entendimento do STJ ao apreciar o Resp 894.539-PI;

é de se propor que, no que tange aos procuradores jurídicos do município de Matriz de Camaragibe, seja reconhecida a incidência da prescrição com relação à atividade punitiva deste Tribunal. Isto porque já se passaram mais de 5 anos entre o último parecer irregular (data de 17/3/2006, fl. 855 do Volume 4 do Anexo 1) e a eventual oitiva em audiência dos aludidos advogados públicos, o que atrai a incidência do disposto no *caput* do art. 1º da Lei 9.873/1999:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

54. Em virtude dessas considerações, opina-se no sentido de que o 2º argumento apresentado não merece ser acolhido.

3º argumento apresentado pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo:

55. Não houve dano ao erário.

Análise do 3º argumento apresentado pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo:

56. Este argumento já foi examinado anteriormente (vide itens 29-30 desta instrução). Assim, propõe-se que não seja considerado procedente.

4º argumento apresentado pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo:

57. O presente recurso demonstra que, no máximo, pode ser vislumbrada uma pequena falha administrativa, e nunca uma grave infração cometida.

58. Sem a concorrência do elemento subjetivo consubstanciado na má-fé do gestor público, é impossível impor-lhe multa e inaptidão para o exercício de cargo na órbita administrativa. Isto porque o ordenamento jurídico pátrio impõe que a responsabilidade civil do agente público por danos causados a terceiros ou ao erário deve ser subjetiva, ou seja, deve comprovar-se a existência de ação ou omissão culposa.

Análise do 4º argumento apresentado pelos Srs. Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo:

59. Restou assente que houve uma grave infração à Lei 8.666/1993 (especificamente com relação ao art. 23, § 5º, da Lei 8.666/1993). Destarte, não há falar-se em pequena falha administrativa.

60. Ademais, houve, sim, falha grosseira nos certames irregulares e, por via de consequência, vale dizer que houve culpa na modalidade de negligência. Daí porque a responsabilidade dos alcaides não foi considerada como objetiva, mas subjetiva.

61. Posta assim a questão, é de se propor que seja rejeitado o 4º argumento apresentado.

CONCLUSÃO

62. Diante do exposto, propõe-se que o Tribunal de Contas da União:

- a) com fulcro no art. 48 da Lei 8.443/1992, conheça dos pedidos de reexame interpostos pelos Srs. Ely Afonso Bezerra de Mendonça, Djalma Aprígio dos Santos, Marcos Antônio Trindade de Oliveira, Altanis Lima de Oliveira, Benedito Pereira da Silva, Marcos Paulo do Nascimento e Cícero Cavalcante de Araújo contra o Acórdão 3.389/2010–Plenário, nos termos do art. 48 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) mantenha incólume o acórdão recorrido;
- c) dê ciência da deliberação que for adotada, bem como do relatório e voto que a fundamentarem, aos recorrentes e aos demais interessados.”

É o relatório.