

TC-017.591/2009-1

Natureza: Pedido de Reexame em Representação.

Entidade: Prefeitura de São Luís do Quitunde/AL.

Recorrentes: Nairo Henrique Monte Freitas (007.442.964-71) e Edneide Portela Santos de Lima (536.977.154-53).

Advogados: Thiago Menezes (OAB/AL 9860) e Aline Oliveira Lima (OAB/AL 6597).

Sumário: Representação sobre irregularidades em contratos de repasse. Audiências. Acolhimento das razões de justificativa de uns e rejeição de outros. Multa. Determinação à CGU para que informe as providências adotadas para apuração de responsabilidade e quantificação de débito nas demais avenças não tratadas nesta oportunidade. Pedidos de Reexame. Conhecimento. Negativa de provimento. Ciência aos interessados.

Trata-se de pedidos de reexame interpostos por Nairo Henrique Monte Freitas (R001) e Edneide Portela Santos de Lima (R002) em face do Acórdão 4697/2012-TCU-2ª Câmara (peça 22), vazado nos seguintes termos:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela Controladoria-Geral da União – CGU acerca de indícios de irregularidades nas licitações de convênios e contratos de repasse celebrados com o município de São Luiz do Quitunde/AL, informadas no Relatório de Demandas Especiais 00190.031040/2006-15, sendo nesta oportunidade apreciados apenas os contratos de repasse 177.775-99/2005 (Siafi 533402), de R\$ 314.437,50; 188.794-53/2005 (Siafi 549815), de R\$ 524.062,50; e, 179.801-59/2005 (Siafi 533420), de R\$ 209.625,00.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de 2ª Câmara, com fundamento no art. 43, inciso II, e Parágrafo único, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 237 c/c com o art. 235 e 250, inciso IV, e § 2º, do Regimento Interno em:

9.1. conhecer da Representação, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235, parágrafo único, e 237, inciso II, do Regimento Interno/TCU, para no mérito considerá-la parcialmente procedente;

9.2. aplicar aos responsáveis Biancarla Santos da Silva, Cicero Cavalcante de Araujo, Edneide Portela Santos de Lima (536.977.154-53), Nairo Henrique Monte Freitas (007.442.964-71) a multa individual prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, respectivamente, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), R\$ 10.000,00 (dez mil reais), R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão que for proferido até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, a cobrança judicial da dívida, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, caso não atendida a notificação;

9.4 determinar à Controladoria-Geral da União que, no prazo de sessenta dias, comunique as providências efetivamente adotadas pelos órgãos e entidades a seguir enumerados para apuração

dos fatos concernentes às supostas irregularidades ocorridas na gestão dos recursos dos convênios abaixo indicados, tratados no Relatório de Demandas Especiais 00190.031040/2006-15, de 19/9/2007, com vistas à identificação dos responsáveis, quantificação e ressarcimento dos eventuais danos, e instauração das tomadas de contas especiais que se fizerem necessárias:

9.4.1. Fundação Nacional de Saúde: convênio 1.178/2005 (Siafi 553917);

9.4.2. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra): convênio CRT/AL 12.000/2005 (Siafi 540691); e

9.4.3. Fundo Nacional de Saúde: convênio 4.405/2005 (Siafi 546544).

9.5. determinar à Secex Alagoas que proceda ao monitoramento do cumprimento das determinações constantes do item 9.4 precedente;

9.6. encaminhar cópia do acórdão que for proferido, assim como do relatório e voto que o fundamentarem, ao Tribunal de Contas do Estado de Alagoas e à Controladoria-Geral da União em Alagoas; e,

9.7. determinar o arquivamento destes autos.

HISTÓRICO

2. O presente processo versa sobre Representação formulada pela Controladoria-Geral da União acerca de irregularidades verificadas em auditoria realizada no Município de São Luiz do Quitunde/AL, na área de convênios firmados com a União e suas entidades. A fiscalização foi decorrente da ‘Operação Carranca’ deflagrada pela Polícia Federal (SR-DPF/AL).

3. Analisadas as respostas às audiências dos responsáveis (Cicero Cavalcante de Araujo, Nairo Henrique Monte Freitas, Edneide Portela Santos de Lima, Biancarla Santos da Silva, Jose Maria de Lima – falecido - e Lacerda Engenharia Ltda. – revel), bem como à diligência à Caixa Econômica Federal, este Tribunal decidiu aplicar multa ao prefeito municipal, ao procurador do município e aos membros da comissão de licitação (Srs. Cicero Cavalcante de Araujo, Nairo Henrique Monte Freitas, Edneide Portela Santos de Lima e Biancarla Santos da Silva) em razão de irregularidades relativas à restrição de competitividade da Concorrência 1/2005, descumprindo o disposto no art. 3º e 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993 e na Súmula TCU nº 247 (itens 41, 47, 52 e 64 do Relatório do Acórdão 4697/2012-2ª Câmara – peça 21, p.31).

ADMISSIBILIDADE

4. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 50, 51 e 52), ratificado à peça 55 pelo Exmo. Ministro-Relator Raimundo Carreiro, que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os itens 9.2 e 9.3 do Acórdão 4697/2012-2ª Câmara, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

5. Os argumentos apresentados pelos recorrentes serão reproduzidos a seguir, de forma sintética, seguidos da respectiva análise.

Argumento - Nairo Henrique Monte Freitas (Procurador municipal)

6. Segundo o recorrente, o parecer técnico-jurídico não vinculou a decisão do gestor municipal, logo, não se constituiu em ato de gestão, pois, limitou-se à análise dos aspectos de legalidade da minuta do edital da Concorrência 1/2005. Desse modo, a responsabilização solidária

do advogado público (parecerista) com o gestor municipal vai de encontro à doutrina e à jurisprudência dos Tribunais Superiores, como também não encontra expresso amparo legal.

Análise

7. Em linhas gerais, foram apresentados, na via recursal, os mesmos argumentos já apresentados na fase de instrução (peça 2, p. 4-9), quais sejam: (i) boa fé do procurador municipal; (ii) ausência de conduta dolosa da emissão do parecer; e, (iii) o parecer jurídico da minuta do edital da Concorrência 01/2005 foi opinativo e não vinculou a decisão do gestor municipal.

8. Observa-se que a matéria foi enfrentada por esta Corte de Contas, conforme item 29 do Relatório e item 8 do voto condutor do Acórdão 4697/2012-2ª Câmara (peça 21, p. 22-24 e peça 23, p. 2).

9. O recorrente alega que seu parecer opinativo da minuta do edital da Concorrência 1/2005 não vinculou a decisão do prefeito.

10. Conforme já analisado, o parecer jurídico, que aprovou as minutas do edital e do contrato relacionados à Concorrência Pública 1/2005, constitui-se de apenas uma lauda com dois parágrafos: o primeiro é o preâmbulo, que indica o objeto do parecer. Com isso, em um único parágrafo, o procurador assentou (peça 11, p. 65): “Analisando, ainda assim, minuciosamente o processo, constatam-se que os pré-requisitos estampados na Lei regulamentadora desta matéria, estão satisfeitos, assim como: valor estimado, modalidade da licitação; autorização; item orçamentário e objeto.”

11. Nota-se que o parecer é lacunoso. Não trata da questão da adjudicação pelo preço global de todas as obras e da ausência de parcelamento do objeto, regra clara estabelecida no art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, o que permitiu a realização de certame irregular e a restrição à competitividade do certame.

12. A simplicidade do parecer não se coaduna com licitação de obras que somam mais de R\$ 7 milhões, pois é desprovido das mínimas referências doutrinárias e jurisprudenciais exigidas para uma contratação desse porte.

13. Nesse esteio, o parecer é omissivo e, diversamente do que se alega, pugnou para o cometimento de ato irregular do administrador municipal, concorrendo, com relevância causal, para a prática de grave ilegalidade. Assim, há solidariedade entre gestor e parecerista, que devem ser considerados responsáveis pela prática dos atos inquinados.

14. O fundamento legal para a responsabilização do parecerista está no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 – “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”-, que estabeleceu um compartilhamento do poder decisório entre o administrador e o órgão de assessoria jurídica, isto porque o gestor público jamais poderia praticar os atos administrativos da concorrência pública sem a anuência do advogado público. Por esta razão, ele foi co-responsabilizado nos presentes autos.

15. Ademais disso, o Estatuto da Advocacia dispõe que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa (art. 32, da Lei 8.906/1994).

16. O entendimento acerca da responsabilidade solidária do parecerista jurídico pode ser verificado em diversas decisões desta Corte de Contas – Acórdãos 406/2003-Plenário, 1412/2003-Plenário, 206/2007-Plenário, 607/2011-Plenário, 2109/2009-1ª Câmara, 2202/2008-Plenário, 1832/2008-Plenário e 1801/2007-Plenário -, entre outras.

17. Não é demais citar excerto do voto condutor do Acórdão 19/2002-TCU-Plenário, que dispôs: “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”.

18. Quanto à responsabilidade do parecerista jurídico, consta das lições de Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição, p. 506, o seguinte:

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. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões.

19. O recorrente sustenta a impossibilidade de responsabilizar o advogado público por parecer de natureza opinativa. Para isto, cita o julgado nos MS nº 24.631/DF e MS nº 24.584/DF do Supremo Tribunal Federal.

20. Ocorre que nas mencionadas decisões, a Suprema Corte entendeu pela impossibilidade de responsabilização do parecerista como regra geral, ou seja, não é absoluta, ressalvando os casos em que os atos (ou omissões) são praticados com erro grave ou culpa. Além disso, o STF assentou que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 38, da Lei 8.666/1993.

21. Esse entendimento pode ser constatado conforme excerto do MS nº 24.073/DF, de relatoria do Ministro Carlos Velloso - julgado em 6/11/2002 -; do MS nº 24.631/DF, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa - julgado em 9/8/2007 -; e do MS nº 24584/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio – julgando em 9/8/2007:

MS 24.073/DF

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II. - **O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa**, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III. - Mandado de Segurança deferido.

MS 24.631/DF

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a

autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. **Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias**, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

MS 24.584/DF

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

22. Desse modo, não há como prosperar o argumento analisado, porquanto demonstrado a vinculação do parecer jurídico à decisão do gestor municipal, cuja responsabilização respalda-se na Lei 8.666/1993, na doutrina, na jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Argumento - Nairo Henrique Monte Freitas (Procurador municipal)

23. O recorrente afirma que a responsabilização do parecerista ofende as prerrogativas funcionais da advocacia, a teor do art. 133 da Constituição Federal.

Análise

24. No que se refere à inviolabilidade dos atos e manifestações do advogado, no exercício da profissão, previsto no art. 133 da Carta Magna, é de se destacar que tal inviolabilidade não é absoluta, porque adstrita aos limites da lei.

25. Os advogados, como quaisquer profissionais, serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa, consoante no art. 32 da Lei 8.904/1994 (Estatuto da Advocacia).

26. A imunidade profissional em tela não pode ser confundida com indenidade. Está sujeita, na Administração Pública, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência. Assim, o autor do parecer jurídico é alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.

27. A mera inscrição do servidor ou empregado público na Ordem dos Advogados do Brasil não serve de passaporte para a impunidade por conduta que tenha papel determinante na ocorrência de atos praticados com grave violação à ordem jurídica.

28. Nesse contexto, não há como acolher o argumento do recorrente.

Argumento - Nairo Henrique Monte Freitas (Procurador municipal)

29. O recorrente sustenta sua boa-fé e a ausência de conduta dolosa na emissão do parecer jurídico sobre a minuta do edital da Concorrência 1/2005.

Análise

30. Quanto ao alegado, insta salientar que a má-fé e o dolo na conduta do responsável podem configurar agravantes na apuração de responsabilidade, motivo por que esses elementos subjetivos são sopesados na dosimetria da multa aplicada por esta Corte de Contas.

31. A imputação de responsabilidade ao parecerista fundamenta-se na incidência de hipóteses legais objetivas, com pressuposto de conduta culposa (culpa contra a legalidade), bastando o nexo entre a conduta do advogado público e a o resultado obtido (grave ilegalidade cometida).

32. Desta feita, não há como acolher o argumento ora apreciado.

Argumento - Nairo Henrique Monte Freitas (Procurador municipal)

33. Invoca precedente da Segunda Turma do STJ no REsp 1183504/DF, julgado em 18/5/2010, frisando que aquela Corte vem adotando posicionamento contrário a este Tribunal sobre a matéria.

Análise

34. O precedente invocado não socorre a defesa do recorrente, visto que ali se trata de parecer opinativo, ao passo que neste caso o que se tem é emissão de parecer de cunho obrigatório, preconizado nos termos do art. 38, Parágrafo único, da Lei 8.666, de 1993.

Argumento - Edneide Portela Santos de Lima (membro da comissão de licitação)

35. A recorrente afirma que os editais de licitação eram elaborados pelo escritório jurídico HO em conjunto com o Sr. José Maria de Lima, presidente da comissão de licitação.

36. Sustenta-se que a aprovação da minuta do edital da Concorrência 1/2005 pela assessoria jurídica induziu a sua concordância com os termos ali estabelecidos.

Análise

37. Em linhas gerais, foram apresentados, na via recursal, os mesmos argumentos já apresentados na fase de instrução (peça 2, p. 17-20), quais sejam: (i) a boa fé da responsável; (ii) os editais de licitação eram elaborados e avaliados pelo escritório jurídico HO; e, (iii) a confiança no trabalho realizado pela assessoria jurídica induziu a sua concordância com os termos da minuta do edital da Concorrência 1/2005.

38. Nota-se que a matéria foi enfrentada por esta Corte de Contas, conforme item 31 do Relatório e item 9 do voto condutor do Acórdão 4697/2012-2ª Câmara (peça 21, p. 25-26 e peça 23, p. 2-3).

39. Apesar de a recorrente repetir argumentos idênticos aos examinados no acórdão recorrido, esses foram novamente examinados, em razão das características do efeito devolutivo na fase recursal. Entretanto, verificou-se, conforme se registra abaixo, que os argumentos novamente trazidos aos autos pelo recorrente não são capazes de modificar o entendimento firmado pelo Tribunal no acórdão recorrido.

40. A recorrente afirma ter agido em consonância com as orientações do escritório jurídico HO, que tratava das licitações municipais. Mesmo que tenha agido sem consciência da importância de seu papel e das consequências de seus atos, não há como eximi-la da responsabilidade de membro da comissão de licitação, cuja atuação permitiu irregularidades na Concorrência 1/2005.

41. Assim, não há como acolher o argumento apresentado.



Argumento - Edneide Portela Santos de Lima (membro da comissão de licitação)

42. Afirmar que a penalidade foi injusta e excessiva e que, por ser pessoa de baixa renda, a sanção será inexecutável por falta de capacidade financeira da recorrente.

Análise

43. Conforme a farta jurisprudência deste Tribunal sobre a questão, a mera alegação de hipossuficiência do responsável pelo cometimento de infração às normas legais ou regulamentares não é motivo para que se deixe de aplicar a sanção prevista em lei.

CONCLUSÃO

44. Após o reexame dos autos, verificou-se que não foram apresentados argumentos, documentos ou informações que possibilitem a formação de novo juízo acerca da matéria.

45. Com efeito, conforme evidenciadas as irregularidades relativas à restrição de competitividade da Concorrência 1/2005, descumprindo o disposto no art. 3º e 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993 e na Súmula TCU nº 247, restou clara a responsabilidade dos recorrentes nestes autos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

46. Ante o exposto, elevem-se os autos à consideração superior, com proposta de:

a) conhecer dos pedidos de reexame interpostos por Nairo Henrique Monte Freitas (R001) e Edneide Portela Santos de Lima (R002), com fulcro no artigo 48 da Lei 8.443/1992, e, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo o Acórdão 4697/2012-TCU-2ª Câmara;

b) dar ciência às partes e aos órgãos/entidades interessados.

Secretaria de Recursos, 4ª Diretoria, em 19 de fevereiro de 2013.

assinado eletronicamente

MARCELO KARIMATA

AUFC Matrícula 6532-3