

TC 033.962/2012-0

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Município de Silvanópolis/TO

Recorrentes: Marison de Araújo Rocha (CPF 388.918.591-68)

Advogado: Marison de Araújo Rocha OAB/TO 1336/B, procuração e-tcu - Aba: Representações Legais.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Tomada de contas especial. Irregularidades em procedimento licitatório. Ausência de nexo de causalidade entre as despesas feitas e a suposta obra construída. Evidências de inserção de informações falsas em boletins de medição. Irregularidade das contas, com a condenação em débito dos citados e aplicação de multa. Inabilitação dos responsáveis para o exercício de cargo em comissão e função de confiança, com base no art. 60 da lei n. 8.443/1992. Declaração de inidoneidade da empresa para licitar com a administração pública. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Razões recursais insuficientes para alterar o mérito do julgado. Negativa provimento do recurso.

INTRODUÇÃO

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

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

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

Data	Valores originais (R\$)
2/3/2010	628.041,25
4/3/2011	628.041,26

TOTAL	1.256.083,51
-------	--------------

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

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

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

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

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

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

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

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

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, com fundamento no art. 143, inciso V, alínea d, do Regimento Interno/TCU, c/c o Enunciado n. 145 da Súmula de Jurisprudência predominante no Tribunal, ACORDAM, por unanimidade, em retificar, por inexatidão material, o Acórdão n. 1.011/2014 – TCU – Plenário, prolatado na Sessão de 16/4/2014, Ata n. 12/2014, relativamente ao item 3, onde se lê: “Responsáveis: Srs. Bernardo Siqueira Filho, CPF n. 364.676.851-72, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, CPF n. 388.863.161-00, Marcelo Gomes de Sousa, CPF n. 341.672.691-04, e empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda., CNPJ n. 06.064.333/0001-60.”, leia-se: “Responsáveis: Srs. Bernardo Siqueira Filho, CPF n. 364.676.851-72, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa, CPF n. 388.863.161-00, Marcelo Gomes de Sousa, CPF n. 341.672.691-04, Marison de Araújo Rocha, CPF 388.918.591-68, e empresa Tabocão Terraplenagem e Pavimentação Ltda., CNPJ n. 06.064.333/0001-60.”; **ao subitem 9.2.2, onde se lê: “nos termos do art. 58, inciso II, da referida lei, no valor individual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aos Srs. Bernardo Siqueira Filho, Aurélio Bonfim Teixeira Sousa e Marcelo Gomes de Sousa”, leia-se: “nos termos do art. 58, inciso II, da referida lei, no valor individual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aos Srs. Bernardo Siqueira Filho e Marison de Araújo Rocha”, e ao subitem 9.3, onde se lê: “com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, autorizar a cobrança judicial das dívidas retrocitadas, atualizadas monetariamente desde a data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor”, leia-se: “com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, autorizar, desde logo, a cobrança**

judicial das dívidas retrocitadas, caso não atendidas as notificações”, mantendo-se inalterados os demais termos do acórdão ora retificado, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

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

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

HISTÓRICO

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

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

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

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

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

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

(e) a alegação de que a empresa Irmãos Meurer Ltda. não recebeu o correspondente Certificado de Registro Cadastral, em 26/04/2010, por apresentar Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) vencido desde 20/04/2010, como assentado na Ata da Comissão de Licitação da Tomada de Preços 01/2010 (peça n. 12, p. 2), não procedia, pois, em consulta ao sítio eletrônico da

Caixa Econômica Federal, verificou-se que a referida empresa estava com certificado renovado e válido na ocasião (peça 37).

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

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

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

‘11. Quanto à responsabilização do parecerista jurídico, este Tribunal tem entendimento firmado de que pode ser ele responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há expressa exigência legal – ou mesmo opinativo. Embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, 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’.

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

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

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

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

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

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

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

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3. Argumenta o assessor jurídico:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Análise:

5.4. Sobre as duas primeiras irregularidades (disponibilização do edital somente no endereço da sede do município e cobrança de taxa ilegal e ilegítima) que levaram a se concluir pela restrição ao caráter competitivo do certame, é importante transcrever os subitens 2.1, 2,4 e 4.4, letra “c” do edital (peça 11, p. 10/13), **verbis**:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

c) Recibo de aquisição do edital;

5.5. Os avisos de licitação publicados no DOU e DOE/TO (peça 11, p. 48-49) especificavam que o edital completo estaria à disposição somente na prefeitura do município.

5.6. De acordo com a interpretação conjunta dos dispositivos do edital, com o aviso de licitação e a defesa do recorrente, é possível, sem margem a dúvidas, que para se ter acesso ao edital deveriam os interessados:

(a) deslocar-se até o Município de Silvanópolis/TO e comparecer a sede da prefeitura para adquirir o edital, pois não havia outra forma de obtê-lo;

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

5.7. Entende-se inexistir dúvidas quanto à dificuldade imposta a interessados para simplesmente ter acesso ao edital. Os avisos de licitação publicados no DOU e DOE/TO (peça 11, p. 48-49) especificavam que o edital completo estaria à disposição somente na prefeitura do município e para obtê-lo, conforme descrito no subitem 2.1 as empresas deveriam promover o prévio cadastro e qualificação. Das exigências percebe-se que não haveria como não comparecer à sede do município e se qualificar. Registra-se que todo este esforço somente para se ter acesso ao edital.

5.8. É inequívoco o estabelecimento de procedimento dificultoso não previsto em lei, diga-se, somente para se conhecer o objeto do certame. Agrava a situação e confirma a intenção de se dificultar o acesso ao conhecimento do que se estava a licitar, o fato de que seria possível disponibilizar o edital e demais elementos que o constituíam por meio de correspondência eletrônica (**e-mail**), inclusive admitido nos autos pelo recorrente e pela gestão do município.

5.9. Ora, se existia tal possibilidade, e ainda que o município não tivesse sítio na internet, o que impediria de fazer constar nos avisos que o inteiro teor do edital poderia ser obtido por meio de solicitação no endereço de correio eletrônico do município?

5.10. Não é demais lembrar que nos certames licitatórios busca-se a proposta mais vantajosa para a Administração e quanto mais interessados tenham acesso ao edital, e por consequência ao certame licitatório, maior a probabilidade de se obter uma proposta que melhor se adeque aos interesses da administração pública.

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

5.12. Tais condições já seriam, por si suficientes, para demonstrar o caráter restritivo e intencional das condições criadas, mas associadas a este rito dificultoso exigiu-se ainda o pagamento de taxa no valor de R\$300,00. A cobrança para participação impõe, sim, obstáculo não previsto em lei e deve ser combatida. Tanto é assim que a própria legislação vedou de forma expressa tal prática (§ 5º do art. 32 da Lei 8.666/1993). Se possível disponibilizar o edital por e-mail sem nenhum custo porque não fazê-lo. Não há razão para submeter os interessados a encargo desnecessário e restringir de forma indesejada a competição.

5.13. Entende-se que os argumentos do recorrente não prosperam, por certo que o extrato do edital deve indicar o local no qual ele pode ser adquirido, acessado ou obtido, o que se está a dizer que o que é indevido foi a forma e o rito exigidos para se ter acesso a ele. Conforme já abordado, se informado que qualquer interessado pudesse ter acesso ao edital solicitando-o por e-mail à prefeitura nenhuma ilegalidade haveria, mas não foi o que ocorreu no caso concreto, e, como exposto, foram impostos obstáculos de veras dificultosos aos interessados.

5.14. Assim, o rito desautorizado por lei para obtenção do edital associado à cobrança ilegal e ilegítima de taxa configuram irregularidades que restringiram o caráter competitivo. Não se pode alegar que se trata de erro escusável, trata-se de erros que deveriam ter sido identificados por uma análise jurídica prudente e criteriosa do edital.

5.15. Sobre a exigência de garantia abordada, entende-se que não é o caso de discuti-la, pois não serviu de fundamento para condenação.

5.16. Quanto à terceira irregularidade (exigência do termo de vistoria, subscrito pelo responsável técnico da licitante, como exigência de participação e habilitação na licitação), transcreve-se o subitem 3.4, letra **g** e subitem 4.4, **d** e anexo IX do edital (peça 11, p.

3.4 - Documentação relativa à Qualificação Técnica consistirá em:

(...)

g) Declaração de visita aos local dos serviços, realizada pelo responsável técnico da empresa, mediante apresentação da documentação comprobatória, a qual deverá ser feita no dia 16 de abril de 2010 em horário a ser marcado com a Comissão Permanente de Licitação através do telefone: (63) 3542-1300.

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

5.18. Por se mostrar oportuno, permite-se transcrever trecho do relatório que sustentou a deliberação combatida, **verbis** :

16. Reiterando o que já está consignado em instrução precedente (peça 60, p. 2), a exigência de que a visita fosse realizada por engenheiro qualificado como responsável técnico da empresa interessada não possui fundamento legal, conforme atesta o Voto condutor do Acórdão 800/2008 - TCU - Plenário. Ademais, os dispositivos editais não facultaram, para atender ao art. 30, inciso III, da Lei 8.666/1993, a substituição do atestado por declaração formal, emitida pelo responsável técnico, de que tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades

inerentes à natureza dos trabalhos, assumindo total responsabilidade pela operação, conforme admitido no Acórdão TCU 1174/2008 – Plenário.

5.19. Entendeu-se, com razão, que “o rigor e a seriedade supostamente objetivados tiveram efeito diametralmente oposto, pois inviabilizaram a participação de outros licitantes” o que ao invés de ampliar o ambiente concorrencial, princípio central das licitações públicas, acabou por restringi-lo.

5.20. Nesse sentido, também não prosperam os argumentos do recorrente, enfatiza-se, que a exigência de vistoria não foi entendida como condição restritiva, mas a exigência de ser realizada por preposto que comprovasse vínculo e quitação com CREA é que se mostrou indevida.

5.21. Tal situação se mostrou prejudicial à competição e também não deveria ter subsistido a exame jurídico criterioso.

5.22. No tocante à quarta irregularidade (retardamento da publicação do aviso de licitação no Diário Oficial do Estado do Tocantins), é importante destacar que foram dois os pontos questionados, o primeiro refere-se a data única, a estipulação de uma única data, por certo, limita o prazo para comparecimento e afasta os interessados, assim dispôs o relatório do acórdão, **verbis**:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.7. Alega, ainda, que:

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

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

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

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

Análise:

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

6.9. Esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há

expressa exigência legal - ou mesmo opinativo. Embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, 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”.

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

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

6.11. O Supremo Tribunal Federal, tratando sobre a responsabilização de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico, admitiu a responsabilidade solidária do parecerista em conjunto com o gestor, conforme voto condutor proferido em julgamento do Plenário (MS 24.631/DF, de 9/8/2007, Relator Ministro Joaquim Barbosa):

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

CONCLUSÃO

7. Das análises anteriores, conclui-se que:

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

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

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

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

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

b) dar conhecimento às partes e aos órgãos/entidades interessados da deliberação que vier a ser proferida;

TCU/Secretaria de Recursos/2ª Diretoria,
em 1/7/2016.

Giuliano Bressan Geraldo
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 6559-5