

Processo TC-033.962/2012-0 (com 228 peças)

Apensos: TC-037.712/2011-0

TC-037.132/2012-1

TC-007.169/2013-2

TC-029.481/2013-9

TC-028.987/2014-4

Tomada de Contas Especial

Recurso de Reconsideração

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Em pareceres uniformes, a Secretaria de Recursos – Serur apresenta argumentos para o conhecimento e o não provimento do recurso de reconsideração interposto pelo sr. Marison de Araújo Rocha, ex-Assessor Jurídico do município de Silvanópolis/TO, sancionado por meio do Acórdão 1.011/2014 (peça 121), retificado pelos Acórdãos 2.046/2015 e 2.498/2015 (peças 170 e 177), todos do Plenário, com multa no valor de R\$ 10.000,00.

Rememorando, a audiência do ora recorrente decorreu da seguinte questão controvertida (peças 64 e 73):

“9.4.2. (...) emissão de pareceres jurídicos, o primeiro aprovando edital da licitação na modalidade Tomada de Preços 1/2010 com cláusulas restritivas de competitividade, que culminaram na exclusão de outras prováveis empresas interessadas em participar do certame, e o outro, atestando a regularidade do processamento da referida tomada de preços;” (razões de justificativa à peça 102)

Nos termos do voto condutor da deliberação recorrida (peça 120, item 5):

“(...) 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 da TP 1/2010 (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”.

Essas irregularidades foram identificadas no âmbito da execução do Convênio 656.983/2009, firmado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE e a municipalidade, objetivando a construção de uma unidade escolar de educação infantil (peça 30).

Em síntese, a unidade técnica especializada pondera que (peça 227):

a) a restrição ao caráter competitivo da licitação decorreu 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 de 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).”

b) sobre a disponibilização do edital somente no endereço da sede do município e a cobrança de taxa legal e ilegítima (subitens 2.1, 2.4 e 4.4, alínea “c”, do edital, peça 11, pp. 10/3):

b.1) os avisos de licitação publicados no DOU e no DOE/TO (peça 11, pp. 48/9) especificavam que o edital completo estaria à disposição somente na prefeitura do município;

b.2) para terem acesso ao edital, os interessados deveriam:

b.2.1) deslocar-se até o Município de Silvanópolis/TO e comparecer à sede da prefeitura para adquirir o instrumento convocatório, pois não havia outra forma de obtê-lo;

b.2.2) requerer as guias na tesouraria da prefeitura e efetuar o pagamento da taxa de R\$ 300,00;

b.3) inexistem dúvidas quanto à dificuldade imposta a interessados para simplesmente terem acesso ao edital;

b.4) não haveria como não comparecer à sede do município e se qualificar, com vistas a ter acesso ao edital;

b.5) é inequívoco o estabelecimento de procedimento dificultoso não previsto em lei;

b.6) seria possível disponibilizar o edital e os demais elementos que o constituíam por meio de correspondência eletrônica (**e-mail**). Se existia tal possibilidade, e ainda que o município não tivesse sítio na Internet, o que o 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?

b.7) nos certames licitatórios, busca-se a proposta mais vantajosa para a Administração;

b.8) o estabelecimento de procedimento dificultoso 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 as suas condições as empresas já tenham que superar diversos obstáculos;

b.9) a cobrança de taxa no valor de R\$ 300,00 para participação no certame impôs obstáculo não previsto em lei e deve ser combatida. Tanto é assim que a própria legislação vedou de forma expressa tal prática (§ 5º do artigo 32 da Lei 8.666/1993). Se era possível disponibilizar o edital por *e-mail* sem nenhum custo, por que não fazê-lo? Não há razão para submeter os interessados a encargo desnecessário e restringir de forma indesejada a competição;

b.10) 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, em que foram impostos obstáculos deveras dificultosos aos interessados;

b.11) assim, o rito desautorizado por lei para obtenção do edital e a 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;

c) quanto à exigência do termo de vistoria, subscrito pelo responsável técnico da licitante, como exigência de participação e habilitação na licitação:

c.1) o edital previa que a documentação relativa à qualificação técnica incluiria “g) *Declaração de visita ao 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*” (subitens 3.4, letra g, e 4.4, d, e anexo IX do edital (peça 11, pp. 11/3 e 31);

c.2) 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 Ata da Comissão de Licitação (peça 12, p. 1);

c.3) segue trecho do relatório que sustentou a deliberação combatida (peça 122):

“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 editalícios 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.”

c.4) 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, em vez de ampliar o ambiente concorrencial, princípio central das licitações públicas, acabou por restringi-lo;

c.5) a exigência de vistoria não foi entendida como condição restritiva. A exigência de ser realizada por preposto que comprovasse vínculo e quitação com Crea é que se mostrou indevida;

c.6) essa situação se mostrou prejudicial à competição e também não deveria ter subsistido a exame jurídico criterioso;

d) em relação ao retardamento da publicação do aviso de licitação no DOE/Tocantins, assim dispôs o relatório do acórdão, **verbis** [peça 122]:

“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).”

d.1) a restrição foi potencializada com a publicação do extrato efetivada em 13.4.2010, 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;

d.2) dessa forma, não procedem os argumentos de não se ver restrição na exigência;

e) no que se refere à validade da certidão do FGTS da empresa Irmãos Meurer Ltda., 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;

f) ainda que afastada tal irregularidade, persistem as demais que originaram a condenação, a gravidade das restantes é suficiente para que, em uma avaliação sistemática, seja mantida a condenação. Por isso, a parte dispositiva do acórdão e a dosimetria da multa devem ser mantidas;

g) a responsabilização de parecerista jurídico é possível quando seu parecer, por dolo ou culpa, induzir ou não contiver elementos que indiquem ao administrador público a irregularidade da prática daquele ato;

g.1) 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 artigo 71, inciso II, da Constituição Federal responsabiliza aqueles que derem causa a perda, extravio “ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”;

g.2) o voto condutor do Acórdão 190/2001 – Plenário expõe com precisão o posicionamento do TCU 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 na instrução).

g.3) 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 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 na instrução)

g.4) 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 praticem.**” (grifos na instrução)

g.5) o presente caso amolda-se às situações descritas. O parecer jurídico é obrigatório por lei, logo, ao não atentar e alertar o gestor pelas irregularidades que restringiram a competição, o assessor jurídico atuou com culpa e, portanto, é passível de pena por esta Corte;

g.6) 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 de erro que prejudicou um dos princípios do certame;

g.7) o nexa causal também está perfeitamente caracterizado, se identificadas as restrições e alertado o gestor, as disposições restritivas poderiam não constar do edital, logo, há nexa entre a conduta omissiva e a irregularidade;

g.8) assim, entende-se subsistir a responsabilidade do assessor jurídico pela ausência em seu parecer de alerta acerca das disposições restritivas do certame licitatório sob exame.

Nos termos da análise promovida pela unidade técnica especializada, as razões recursais não têm, de fato, o condão de tornar sem efeito a condenação.

Em face das razões expostas pela Serur e da jurisprudência assente nesta Corte, o Ministério Público de Contas mantém, portanto, sua convicção, já manifestada em intervenção anterior no feito (peça 119), no sentido de que o parecerista jurídico deve responder pelos ilícitos quando atuar com dolo ou culpa.

Veja-se, por pertinente, síntese do entendimento do TCU acerca da matéria:

a) “*ainda que a natureza opinativa do parecer jurídico afaste, em regra, a responsabilidade de seu emitente, essa subsiste, caso se demonstre culpa ou erro grosseiro*” (Acórdão 1.656/2015 – Plenário, Boletim de Jurisprudência 90/2015);

b) “*o advogado contratado que emite parecer que sirva, por imperativo legal (como o art.38, parágrafo único, da Lei 8.666/93), de embasamento para a tomada de decisão dos gestores públicos está investido em função pública lato sensu e poderá responder, juntamente com o administrador que praticou o ato eivado de vício, perante o TCU*” (Acórdão 3.052/2013 - Plenário, Boletim de Jurisprudência 17/2013);

c) “*o parecerista jurídico pode ser responsabilizado por parecer vinculante, a exemplo do previsto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, se verificada culpa em sentido amplo (dolo ou culpa stricto sensu) na prática da irregularidade apurada*” (Acórdão 434/2016 – Plenário);

d) “o parecerista jurídico pode ser responsabilizado por erro grosseiro em parecer emitido em cumprimento ao art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, que exige o prévio exame e aprovação das minutas de contrato pelas assessorias jurídicas” (Acórdão 10.954/2015 - Segunda Câmara);

e) “embora não exerça função administrativa estrito senso, o parecerista jurídico pode ser considerado responsável perante o TCU nos casos de parecer que, por dolo ou por culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade” (Acórdão 1.851/2015 – Plenário);

f) “o parecerista jurídico pode ser responsabilizado por parecer com erro grosseiro, emitido em cumprimento ao art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, que exige o prévio exame e aprovação das minutas de contrato pelas assessorias jurídicas” (Acórdão 1.151/2015 – Plenário);

g) “na hipótese de o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública” (Acórdão 1.730/2015 - Primeira Câmara);

h) “os pareceristas em geral só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou da jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, da legalidade, da publicidade, dentre outros” (Acórdão 3.193/2014 – Plenário);

i) “o parecerista jurídico responde pela irregularidade quando sua manifestação for obrigatória e contiver erro grave ou inescusável, como flagrante ofensa à legislação e à jurisprudência do TCU pertinentes à matéria” (Acórdão 2.890/2014 – Plenário);

j) “embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gere, arrecade, guarde ou administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista jurídico pode ser arrolado como responsável” (Acórdão 1.560/2014 – Plenário);

k) “o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com gestores por irregularidades na aplicação de recursos públicos. O parecer jurídico integra e motiva a decisão a ser adotada pelo ordenador de despesas” (Acórdão 825/2014 – Plenário);

l) “a emissão de parecer jurídico pela aprovação de edital contendo irregularidades enseja a responsabilização do parecerista, visto tratar-se de consulta obrigatória que motiva o ato administrativo, passando a deste fazer parte (Lei 8.666/1993, art. 38, parágrafo único)” (Acórdão 3.373/2013 – Plenário).

Veja-se que a recente Lei 13.327/2016, que dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações e dá outras providências, prevê o seguinte:

“Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo [Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional; Procurador Federal; Procurador do Banco Central do Brasil e quadros suplementares em extinção previstos no artigo 46 da Medida Provisória 2.229-43/2001], sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:

(...)

§ 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo **não serão responsabilizados**, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, **ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.**”

Essa norma legal, todavia, não se aplica ao caso concreto.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo, no essencial, com a proposição da Serur (peças 226/8), sugerindo apenas, em face do acolhimento das razões recursais

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO AO TCU
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

acerca da certidão do FGTS da empresa Irmãos Meurer Ltda., que seja dado provimento parcial ao apelo, mas sem redução do valor da multa aplicada.

Brasília, em 6 de outubro de 2016.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador