

INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA

Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos

AULA 3

Responsabilidade de agentes
em contratações

© Copyright 2013, Tribunal de Contas de União

<www.tcu.gov.br>

Permite-se a reprodução desta publicação, em parte ou no todo, sem alteração do conteúdo, desde que citada a fonte e sem fins comerciais.

RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO

Tribunal de Contas da União
Secretaria Geral da Presidência
Instituto Serzedello Corrêa
2ª Diretoria de Desenvolvimento de Competências
Serviço de Planejamento e Projetos Educacionais

CONTEUDISTAS

Guilherme Barbosa Netto
Maurício Oscar Bandeira Maia

TRATAMENTO PEDAGÓGICO

Flávio Sposto Pompeo

RESPONSABILIDADE EDITORIAL

Tribunal de Contas da União
Secretaria Geral da Presidência
Instituto Serzedello Corrêa
Centro de Documentação
Editora do TCU

PROJETO GRÁFICO

Ismael Soares Miguel
Paulo Prudêncio Soares Brandão Filho
Vivian Campelo Fernandes

DIAGRAMAÇÃO

Vanessa Vieira

NOTA

Este material teve por base a Apostila “Jurisprudência e Prática sobre a Responsabilização de Agentes perante o TCU”, elaborada por Guilherme Barbosa Netto, Marcelo Mattos Sherrer, Paulo Vinhas L. Júnior e Rafael Lopes Torres.

Atenção!

Este material tem função didática. A última atualização ocorreu em junho de 2013. As afirmações e opiniões são de responsabilidade exclusiva do autor e podem não expressar a posição oficial do Tribunal de Contas da União.

Aula 3 - Responsabilidade de agentes em contratações

Em que circunstâncias um agente envolvido com contrato público pode ser responsabilizado?

Quais são as condições para que uma empresa contratada pela Administração Pública venha a ser responsabilizada pelo TCU?

Quais são as penas aplicáveis a uma pessoa jurídica de direito privado não integrante da Administração Pública?

Em que circunstâncias o TCU tem cominado tais sanções?

Pode o TCU declarar inidônea uma empresa por grave ato ilícito praticado no âmbito da execução contratual? E se a fraude ocorre numa contratação direta?

Em que circunstâncias o TCU alcança o sócio da empresa?



Procuraremos responder a essas e outras interessantes questões. Nesta aula, nossos olhos estarão voltados ao contrato e aos agentes que dele participam, buscando identificar responsabilidades no caso de cometimento de ato irregular.

Para facilitar o estudo, este tópico está organizado da seguinte forma:

AULA 3 – RESPONSABILIDADE DE AGENTES EM CONTRATAÇÕES	3
1. RESPONSABILIDADE DE QUEM ASSINA O CONTRATO.....	5
1.1. Legislação	5
1.2. Jurisprudência do TCU	7
2 - RESPONSABILIDADE DO FISCAL DO CONTRATO.....	10
2.1. Legislação	10
2.2. Doutrina	12
2.3. Jurisprudência do TCU	12
2.4. Jurisprudência do STF	19
2.5. Jurisprudência do TST.....	20
3. RESPONSABILIDADE DE PESSOA JURÍDICA CONTRATADA PELA ADMINISTRAÇÃO	21
3.1. Legislação	22
3.2. Jurisprudência do TCU	23
3.3. Jurisprudência do STF	38
3.4. Jurisprudência do STJ.....	39
4. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA CONTRATADA PELA AD-	
MINISTRAÇÃO	40
4.1. Legislação	40
4.2. Doutrina	41
4.3. Jurisprudência do Poder Judiciário.....	43
4.4. Jurisprudência do TCU	45
SÍNTESE	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

Ao final desta aula, esperamos que você tenha condições de

- Examinar adequadamente a responsabilidade de agentes envolvidos com contratos públicos, com base na jurisprudência do TCU.
- Descrever quais tipos de penas são imputáveis a pessoas jurídicas
- Saber em que circunstâncias devem ser aplicadas penas a pessoas jurídicas.
- Formular adequadas e pertinentes propostas de encaminhamento em função de responsabilização analisada.

Pronto para começar?

Então, vamos.

1. Responsabilidade de quem assina o contrato

O contrato administrativo é todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades à formação de vínculo e à estipulação de obrigações recíprocas. Essa é a definição da própria Lei de Licitações e Contratos.

O contrato firmado pela Administração Pública pressupõe a observância de diversas normas que a ele se aplicam, na busca da realização do interesse público, obrigando o seu signatário à verificação da aderência dos termos do contrato à legislação vigente.

Como se sabe, as obras, os serviços e as compras são contratadas pelo Poder Público mediante procedimento licitatório, conforme exigência do texto constitucional (art. 37, XXI). Essa é a regra geral, sendo admissíveis as contratações diretas nos casos especificados em lei. Assim, o contrato decorrente do processo licitatório não pode inovar em relação ao que foi estipulado no certame, devendo ser espelho do edital, conforme orientam diversos comandos contidos na Lei nº 8.666/1993.



Mesmo nas hipóteses de contratação direta, sempre haverá um processo administrativo que precede a celebração do avença. No âmbito desse processo, são definidas as condições gerais da contratação (objeto, prazo, preço etc.).

No mais das vezes, a autoridade que homologou o certame e adjudicou o objeto é a mesma que assina o contrato. Mas nem sempre isso ocorre e a apuração de eventuais irregularidades e dos respectivos responsáveis devem ser feitas no exame do caso concreto.

1.1. Legislação

A Lei nº 8.666/1993 estabelece que

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 40. (...)

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)



§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, (...) em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

III – a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor.

Art. 54. (...)

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderá ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses;

III - (Vetado).

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

Art. 65. (...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...).

1.2. Jurisprudência do TCU

1.2.1. Responsabilidade pela alteração/prorrogação indevida de contratos

Acórdão nº 518/2002 - 1ª Câmara

Trecho do voto:

14. Finalmente, refiro-me ao item 8.2.6 da instrução, no qual se sustenta a cominação de multa ao diretor-presidente da (...), por ter firmado um contrato emergencial sucessivo a outro emergencial, com dispensa de licitação, caracterizando prorrogação, que é, nessa hipótese, proibida pelo art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.

15. Convenho com a Secex/SP sobre a imperatividade da multa, porque, afora de a prorrogação em contrato emergencial ser vedada por lei, aqui foi a própria entidade que deu origem à necessidade urgente, ao demorar na instauração e finalização do procedimento licitatório adequado.

16. Assim, ainda na vigência do contrato anterior ao primeiro contrato emergencial DP/28-A2000, uma licitação já deveria ter sido promovida, a fim de evitar a contratação direta. Isso, entretanto, só ocorreu na vigência desse último contrato, já emergencial, quando em 06/09/2000 foram iniciados os estudos para a licitação. Depois disso, mais de cinco meses se passaram até o novo contrato emergencial DP-01-A2001. Portanto, a delonga não pode ser atribuída somente às contestações e aos recursos das empresas contra o edital de licitação lançado, como aduz o responsável.

Trecho do Acórdão:

8.2 - rejeitar as razões de justificativa do atual Diretor-Presidente da (...), relativamente ao parcelamento inadequado do

objeto dos Contratos nos DP/11.2001, DP/12.2001 e DP/13.2001; ao pagamento antecipado por conta do Contrato nº DP/27.2001; e aos Contratos emergenciais e sucessivos, sem licitação, nos DP/28-A2000 e DP/01-A2001, caracterizando prorrogação proibida;

8.3 - aplicar ao Diretor-Presidente da (...) multa no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), por grave violação do art. 24, inciso IV, in fine, da Lei nº 8.666/93, no caso dos contratos emergenciais e sucessivos, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias a contar da notificação para que comprove perante este Tribunal o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, a qual deverá ser atualizada monetariamente, se paga depois do vencimento;

(Acórdão mantido em grau de recurso – Acórdãos nos 40/2005 e 983/2005-2ª Câmara)

Outras deliberações no mesmo sentido:

Acórdãos nº 116/2002, nº 1.386/2005, nº 1.432/2005 e nº 318/2001, todos do Plenário, e Acórdão nº 3.330/2000 - 1ª Câmara.

1.2.2. Responsabilidade pela admissão de subcontratações indevidas

Acórdão nº 424/2003 - Plenário

Trecho do voto:

8. Assim, a previsão de cessão no edital não autoriza a subcontratação, uma vez que aquela não é permitida nos contratos administrativos, conforme a jurisprudência desta Corte de Contas.

9. A subcontratação em questão não pode ser aceita, razão pela qual proponho a aplicação de multa, conforme preconizado pela Secex/ES.

10. Ademais, um detalhe presente neste caso não pode passar despercebido. A unidade técnica noticia, com base nas informações prestadas pelo responsável, que a empresa subcontratada presta serviços de fiscalização e controle da obra. Em outras palavras, a Engepavi fiscaliza a empresa que a contratou, ofendendo a independência que deve nortear a atividade de fiscalização. É inadmissível que a própria empresa contratada pela Codesa fique responsável pela fiscalização dos serviços que executa, mesmo que seja indiretamente, por

intermédio da subcontratada. Não é por outra razão que tanto o edital de concorrência (subitem 13.1) quanto o contrato (cláusula oitava) dispõem que a fiscalização da obra deve ser feita pela Codesa, por meio de sua Coordenadoria de Engenharia - Coenge.



Trecho do Acórdão:

9.2 Aplicar ao Sr. (...) a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor.

(acórdão mantido em grau de recurso – Acórdãos nos 1.663/2004, 120/2005 e 532/2008, todos do Plenário)

Outras deliberações no mesmo sentido

Acórdãos nº 463/2001 - 2ª Câmara e nº 14/2002 - Plenário.

1.2.3. Responsabilidade pela verificação de cumprimento das normas

Acórdão nº 370/2009 - Plenário

Trecho do Relatório:

Argumento

23. No que diz respeito à inexistência da justificativa do preço da contratação, em afronta ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993, alega que condicionou a assinatura do contrato à juntada da necessária pesquisa de preços de mercado, não podendo ser responsabilizado por atos praticados por agente subordinado contrário à sua determinação, que não juntou os respectivos documentos aos autos. [...].

Análise

24. O argumento novamente não merece acolhida. É da responsabilidade do superior hierárquico a supervisão de seus subordinados e da autoridade que assina contratos verificar se foram cumpridas todas as exigências legais antes de firmá-los, de modo que

o argumento de descumprimento da ordem por seus subordinados não lhe isenta da responsabilidade, já que ao final o contrato foi por ele assinado sem que fosse juntado ao processo administrativo os documentos necessários. [...].

Trecho do Voto

50. [...], manifesto-me favoravelmente à conclusão dos pareceres, no sentido de se negar provimento ao recurso.

2 - Responsabilidade do fiscal do contrato

A fiscalização do contrato administrativo não é uma mera opção discricionária da autoridade administrativa. Trata-se de um poder-dever. A lei impõe a obrigação de acompanhamento e fiscalização da execução do ajuste por uma pessoa especialmente designada pela Administração.

E é natural que seja assim, pois essa atividade é da mais alta relevância. Obras e serviços não fiscalizados ou fiscalizados de modo deficiente representam um enorme espaço para prejuízo.

O fiscal, portanto, tem uma importância ímpar para garantir, por exemplo, que a obra ou o serviço foram realizados com qualidade e de acordo com a boa técnica.

Na jurisprudência do Tribunal verificamos que a Corte de Contas tem condenado tais agentes quando eles atuam de forma dolosa, atestando a realização de serviços não executados, hipótese em que são responsabilizados pelo prejuízo causado ao erário, solidariamente com a empresa contratada.

De outro tanto, se o fiscal, ainda que sem intenção de causar dano ao erário, atua de forma negligente na fiscalização, ele também pode ser responsabilizado pelo prejuízo para o qual concorreu com sua conduta indevida. É o caso da substituição dos materiais definidos no contrato por outros de qualidade inferior.

2.1. Legislação

A Lei nº 8.666/1993 dispõe que

Art. 67 (...)

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.



§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do [art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#).

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

Já o art. 63, § 2º, III, da Lei nº 4.320/1964 estabelece que:

Art. 63. (...)

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

(...)

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

2.2. Doutrina

A respeito da fiscalização do contrato, Marçal Justen Filho leciona que:



“O regime de Direito Administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade de outro contratante. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela Administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos.”¹

2.3. Jurisprudência do TCU

2.3.1. Débito causado por atestar a execução de serviços não executados

Acórdão nº 695/2003 - 1ª Câmara mantido em grau de recurso - Acórdão nº 1.033/2004- 1ª Câmara



Relator:

Ao reconhecer que não tinha conhecimentos técnicos para constatar a adequada prestação dos serviços, demonstra que agiu de forma imprudente, pois, mesmo assim, atestou que os serviços foram prestados de acordo com o declarado nos boletins de medição. Ao assim agir, o recorrente assumiu o risco de dar causa a pagamentos indevidos às contratadas,

Trecho do Voto:

3. Relativamente ao Convênio n.º AP/5.007/98, restou apurado o débito no valor de R\$24.332,41, valor correspondente aos itens não realizados (2,73 Km de linha de eletrificação monofásica e instalação de um transformador de 10 Kva e de setenta e quatro postes de madeira). Além do ex-Prefeito e do ex-Secretário de Administração do Município, que eram responsáveis pela execução integral do objeto, os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público opinaram no sentido de que devam, ainda, ser responsabilizados, solidariamente, a empresa contratada D.D. Rodrigues-ME - por ter recebido a integralidade do valor contratual sem ter concluído a respectiva contraprestação - e o funcionário do Incra/AP - que atestou, em relatório de inspeção, a integral realização do objeto pactuado.

(...)

6. O Sr. (...), autor desses relatórios de fiscalização, não conseguiu justificar as informações por ele consignadas nos documentos. Como

1 - JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética. P. 560

os recursos do Convênio foram repassados em parcelas sucessivas, as informações corretas, fornecidas tempestivamente, poderiam ter provocado a suspensão dos repasses e a imediata adoção de medidas tendentes a obrigar a empresa contratada a concluir as etapas da obra conforme pactuado com a prefeitura municipal. Sua conduta, portanto, contribuiu para a ocorrência do dano.

Acórdão:

9.3. imputou débito ao fiscal, solidariamente com outros responsáveis, além de aplicar-lhes a multa do art. 57 da Lei n.º 8.443/92

Acórdão nº 3947/2009- 1ª Câmara (Recurso pendente de apreciação)

Trecho do Voto

No caso dos Srs. ..., a responsabilização decorre do fato de terem atestado a realização de serviços que, em verdade, não foram executados.

63. O atesto da realização de serviços é fase importante da ordenação de despesa, na qual é efetuada a liquidação da despesa, significando para a Administração que o serviço encontra-se efetivamente realizado e em condições de ser pago.

Parecer da Serur:

Assim, o fato de não ter empenhado recursos, firmado contratos e aditivos contratuais, faturado serviços ou ordenado pagamentos não exclui sua responsabilidade, que se baseia, tão somente, no atesto indevido de determinados serviços.

Se o recorrente não tinha conhecimentos técnicos para verificar a execução de serviços de engenharia, então não deveria ter aceito o encargo de fiscalizar as obras.

2.3.2. A contratação de empresa para fiscalizar a obra não exclui por si só a responsabilidade do fiscal designado pela Administração

Acórdão 578/2007 - Plenário

Relatório unidade técnica:

- Com referência à sétima irregularidade, o responsável admite que não ocorreu reaproveitamento da esquadria AL-33 na



execução da esquadria AL-29. No entanto, o requerente imputa a responsabilidade por essa ocorrência exclusivamente à construtora e à empresa supervisora, ressaltando que sua função era apenas a de 'fiscal do contrato' e não a de 'fiscal de execução da obra'.

- O artigo 67 da Lei nº 8.666/93 dispõe que o contrato será fiscalizado por um representante da administração, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. Portanto, a principal função de fiscalização é exercida pelo requerente e não pela empresa contratada para auxiliar a supervisão da obra. Assim, a pretensão do responsável de imputar a responsabilidade exclusivamente à construtora e à empresa contratada para supervisão da obra não merece ser acolhida. No caso, consideramos que todos os responsáveis concorreram para a ocorrência da irregularidade, devendo arcar solidariamente com o débito resultante.
- O fiscal de obra ora recorrente é engenheiro civil dos quadros do Ministério da Fazenda, estava na localidade e, portanto, com impressões diretas sobre a execução da obra.
- O recorrente argumenta ser humanamente impossível atentar-se a todas as nuances da obra, mas um reaproveitamento de esquadria no valor de R\$ 109.474,52, foge ao curso normal de uma obra, parecendo tratar-se justamente daqueles eventos que, por incomuns e pela alta materialidade, mereceriam melhor acompanhamento por parte dos envolvidos na fiscalização da obra.
- O papel da empresa fiscalizadora é de assessoramento à fiscalização da contratante, ou seja, contratou-se um serviço, de forma que coexistem as responsabilidades das contratadas e do fiscal (ora recorrente) e de setores técnicos do contratante.

Relator:

- A Serur refutou os argumentos fáticos e jurídicos apresentados pelos responsáveis, concluindo sua instrução por considerá-los insuficientes para descaracterizar as razões que motivaram a deliberação recorrida.
- Entendo adequada a análise empreendida pela Unidade Técnica, porquanto os responsáveis não lograram elidir as

diversas irregularidades que deram origem ao débito tratado nestes autos.

2.3.3. A negligência no exercício da fiscalização de contrato atrai responsabilidade por danos

Acórdão nº 859/2006 - Plenário

Trecho da Ementa: A negligência de fiscal da Administração na fiscalização de obra ou acompanhamento de contrato atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ter sido evitados, bem como às penas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443/1992.

Acórdão 578/2007 - Plenário

Relatório unidade técnica:

Encontramos no Relatório que acompanha a decisão recorrida, a informação de que o recorrente [fiscal do contrato] participou da elaboração do edital e minuta do contrato original, sendo considerado 'o principal responsável pela irregularidade ora observada' [reajuste do contrato com prazo inferior ao anual, contrariando o disposto na Medida Provisória nº 1.316, de 09/02/1996], tendo a sua culpabilidade sido aferida em função de ter ele assinado todos os cálculos do reajuste, conforme se observa às fls. 262/334, v.1. Diferentemente dos outros membros da CPL, cuja responsabilidade foi afastada, o ora recorrente vivenciou a irregularidade em vários momentos do planejamento e execução da obra, podendo-se vislumbrar aí um domínio do fato mais completo.

Outras deliberações no mesmo sentido

Acórdãos nº 442/2005 e 692/2007, ambos do Plenário.

2.3.4. Multa por omissão no dever de informar subcontratação irregular

Acórdão nº 2644/2009 - Plenário (Recurso pendente de apreciação)

Trecho do parecer do MP:

Ressalto apenas que deve ser restabelecida a proposta de condenação originária, que incluía os fiscais do contrato como responsáveis. Assim o é porque a redação do art. 72 da Lei n.º 8.666/93

conduz à intelecção de que a subcontratação do objeto licitado é medida excepcional cuja legalidade depende da concordância da Administração, senão vejamos:

‘Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.’



Ministério Público:
Impunha-se aos
fiscais do contrato
informar à autoridade
competente a respeito da
subcontratação irregular
a teor do que dispõe o art.
67 da Lei n.º 8.666/93

Nesse contexto, impunha-se aos fiscais do contrato informar à autoridade competente a respeito da subcontratação irregular a teor do que dispõe o art. 67 da Lei n.º 8.666/93, mesmo diante da inexistência de cláusula contratual vedando a malsinada subcontratação, pois que a proibição de transferir para terceiros o objeto do contrato, exceto quando admitido expressamente pela Administração, decorre diretamente da legislação, constituindo, inclusive, motivo para rescisão do ajuste (art. 78, VI, da Lei das Licitações).

Digno de nota, ainda, a incompatibilidade existente entre a contratação sem licitação fundada no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93 e a subcontratação

Trecho do Voto:

Trecho do Voto:
“...entendo que é possível
elidir a responsabilidade
da recorrente [fiscal] e
concordo com a Unidade
Técnica quando esta
assevera que seria
desproporcional lhe
condenar por conduta
negligente quando ficou
provado que não tinha
condições adequadas de
trabalho, mesmo porque,
ainda que tivesse sido
mais diligente do que
foi, seria humanamente
impossível (...) fiscalizar
todas as turmas em
questão.”

16. Com respeito aos fiscais do contrato, Sr. ... e Sra. ..., entendo que as suas razões de justificativas foram insuficientes para afastar a irregularidade de não informar sobre a subcontratação, mesmo que informal, das empresas ..., visto que, como bem colocou o Sr. Procurador-Geral, “a proibição de transferir para terceiros o objeto do contrato, exceto quando admitido expressamente pela Administração, decorre diretamente da legislação, constituindo inclusive, motivo para rescisão do ajuste (art. 78, VI, da Lei de Licitações)”.

17. Acerca da proposta de multa aos responsáveis, creio ser cabível independentemente de ocorrência de dano ao erário. Como bem consignou a 4ª Secex, “a grave infração caracteriza-se pela execução do contrato por empresa diferente da contratada, conquanto não tenha havido um instrumento formal, caracterizando a subcontratação, agravado pelo fato de a subcontratação ter se dado em contrato efetivado por meio de dispensa de licitação (fundamento no inciso XII, art. 24 da Lei 8.666/1993), mesmo após alerta do órgão jurídico - Procuradoria da Anvisa - consultado, no sentido de evitar tal prática”.

2.3.5. *Exclusão da responsabilidade do fiscal por não ter condições apropriadas para o desempenho do trabalho*

Acórdão nº 839/2011 - Plenário

Síntese²:

“Demonstrado nos autos que a responsável pela fiscalização do contrato tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se sua responsabilidade”. Foi a essa uma das conclusões a que chegou o TCU ao apreciar recursos de reconsideração em sede, de originariamente, tomada de contas especial, na qual foram julgadas irregulares as contas de diversos responsáveis, relativas à execução do Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador (Planfor), no Distrito Federal, no exercício de 1999.

No caso, diversas contratações foram efetivadas em que se constatarem diversas irregularidades graves, algumas delas imputadas à executora técnica do contrato, a quem incumbiria, segundo as normas de execução financeira e orçamentária do DF, supervisionar, fiscalizar e acompanhar a execução da avença, o que não teria sido feito, conforme as apurações iniciais levadas à efeito pelo TCU.

Ao examinar a matéria, a unidade instrutiva consignou que o DF não houvera proporcionado à servidora responsável pela fiscalização da avença “condições adequadas para o desempenho de tal função, ao mesmo tempo em que sabia que eventual inexecução do contrato seria de responsabilidade desse executor técnico”.

Ademais, ainda para a unidade técnica, os elementos constantes do processo indicariam não serem exequíveis as funções de executor técnico da forma determinada, tendo em conta ser perceptível a impossibilidade de uma única pessoa cumprir todas as funções que lhe foram atribuídas.

Em vista da situação, a unidade técnica, com a anuência do relator, propôs a elisão da responsabilidade da recorrente, sem prejuízo da aplicação de penalidades de outros responsáveis pela gestão do Planfor, no DF, ao tempo dos fatos. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou seu consentimento.

2 - Informativo de Licitações e Contratos nº 57

2.3.6. *Inadimplemento de obrigações trabalhistas*

Acórdão nº 1.844/2006 - 1ª Câmara

Trecho do Voto:



5. O Exmo. Juiz do Trabalho, ao proferir a sentença, entendeu ser plenamente aplicável ao Banco do Brasil a regra inserta no Enunciado de Jurisprudência nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho, transcrita a seguir:

(...)

6. Assim, embora o Banco do Brasil não seja o titular das obrigações trabalhistas em relação aos empregados terceirizados que lá prestam serviços, deve se preocupar com os problemas e mazelas enfrentados pela classe obreira, e tal postura deve ser conduzida em respeito aos entendimentos externados pela Justiça do Trabalho, a qual impõe à Administração Pública, direta e indireta, o ônus da responsabilidade subsidiária (Enunciado 331 do TST).

7. Tal responsabilidade advirá da falta de fiscalização da empresa contratada quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. Cabe, portanto, determinação ao Banco do Brasil para que fiscalize a execução dos contratos de prestação de serviços, em especial no que diz respeito à obrigatoriedade de a contratada arcar com todas as despesas, diretas e indiretas, decorrentes de obrigações trabalhistas, relativas a seus empregados que exercem as atividades terceirizadas, e adote as providências necessárias à correção de eventuais falhas verificadas, de modo a evitar a responsabilização subsidiária da entidade, nos termos do Enunciado/TST n.º 331.

(acórdão mantido em grau de recurso – Acórdão nº 2.319/2006- 2ª Câmara.)

2.3.7 *Recebimento provisório de obras e serviços*

Acórdão nº 247/1999 - 1ª Câmara

Trecho do Voto:

O Termo de Recebimento Provisório da referida obra (fl. 99), no qual consta também a assinatura do Sr. (...) na condição de membro daquela Comissão (fl. 38), foi firmado sem o cumprimento de todas as obrigações contratuais pelo fato de a obra não estar concluída, e

envolveu a responsabilidade direta do presidente da comissão [de recebimento], Sr. (...), como atestam os documentos fls. 101/2 e 110. Portanto, as irregularidades praticadas pelo Sr. (...) caracterizam atos de gestão ilegítimos e antieconômicos, nos termos do inciso III do art. 58 da Lei nº 8.443/1992.

Trecho do Acórdão:

Considerando que o Sr. (...), presidente da Comissão de Fiscalização da obra, ouvido em audiência, não logrou justificar a irregularidade concernente ao recebimento provisório da referida obra em desobediência aos arts. 81 e 82 da IN/COSEG/SAG/n.º 01/1992, porquanto não haviam sido cumpridas todas as obrigações contratuais, estando a obra não concluída, consoante se depreende da própria listagem e orçamento de serviços pendentes apresentados pelo responsável em causa, bem como pelo Relatório de Inspeção Técnica elaborado para fins do recebimento definitivo, onde há o registro de que o prédio ainda estava em fase de conclusão;

(...)

8.1. aplicar ao Sr. (...), presidente da Comissão de Fiscalização da obra da Alfândega do Porto de Fortaleza/CE, a multa prevista no art. 58, inciso III, da Lei nº 8.443/1992 e no art. 220, inciso III, do Regimento Interno, no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

(Em sede de recurso, foi modificada a fundamentação legal, do inciso III para o inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/1992. Também foi reduzido o valor da multa de R\$ 12.000,00 para R\$ 6.000,00.)

2.4. Jurisprudência do STF

2.4.1. Encargos trabalhistas

Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (DJ 09/09/2011)

O Plenário do Supremo, por maioria, julgou procedente o pedido formulado pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, o qual estipula que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

Embora tenha entendido que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, o Supremo reconheceu que isso não significa que eventual omissão da Administração Pública, **na obrigação de fiscalizar** as obrigações do contratado, não venha a gerar essa responsabilidade.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

2.5. Jurisprudência do TST



2.5.1. Encargos trabalhistas

Enunciado de Súmula nº 331 (Nova redação após julgamento da ADC 16)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente **na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais** e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade **não decorre de mero** inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

3. Responsabilidade de pessoa jurídica contratada pela administração

É pacífico no TCU o entendimento de que a pessoa jurídica de direito privado contratada pelo Poder Público responde em casos de prejuízos causados ao erário fruto dessa relação jurídica. Tão pacífico que o Relator do Acórdão 1.693/03-Plenário, Ministro Benjamin Zymler, registra em seu voto desconhecer qualquer precedente em sentido contrário. Apenas a título de ilustração, um dos casos de maior divulgação na mídia brasileira foi a imputação de débito à empresa Incal Incorporações S.A e ao Grupo OK, relativo à construção da sede do Tribunal Regional de Trabalho de São Paulo.

A propósito, em agosto de 2012, foi divulgado na imprensa e no sítio da Advocacia Geral da União (AGU) a realização de acordo com o Grupo OK, que importa na restituição aos cofres públicos da quantia de R\$ 468 milhões, relativos ao desvio de recursos na construção do aludido Tribunal.

Fundamental lembrar que, ao longo dos anos, a jurisprudência se orientou no sentido de que a jurisdição do TCU alcança o particular por força da responsabilidade solidária que se estabelece com o agente público.

Contudo, recente deliberação do Tribunal, adotada por unanimidade, resolveu imputar débito exclusivamente a uma empresa. Em seu Voto, o Relator tratou diretamente da histórica jurisprudência da Corte, para, em linha contrária, assinalar que “o agente particular que tenha dado causa a um dano ao erário está sujeito à jurisdição desta Corte de Contas, independentemente de ter atuado em conjunto com agente da Administração Pública, conforme o art. 71, inciso II, da Constituição Federal” (Acórdão 946/2013-Plenário).

Quando trata da solidariedade, a lei firma essa responsabilidade para atingir o terceiro que de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado (LOTUCU, art. 16, §2º).

O novo Regimento Interno do TCU, ao reproduzir o teor do dispositivo legal acima referido, vem deixar claro que a “irregularidade no recebimento de benefício indevido ou pagamento superfaturado” enseja a responsabilização do terceiro (art. 209, § 6º, II).

De outro tanto, o mencionado normativo interno é expresso ao esclarecer que a responsabilidade do terceiro derivará do cometimento de obrigações que não se limite ao simples descumprimento de obrigações contratuais ou ao não pagamento de títulos de crédito.

E quanto às penas que podem ser aplicadas a essas empresas? Isso veremos ao longo desse capítulo.



3.1. Legislação

O art. 16, § 2º, da Lei nº 8.443/1992 dispõe que:

Art. 16. (...)

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

- a) do agente público que praticou o ato irregular, e*
- b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.*

Já o art. 209, § 5º, do Regimento Interno do TCU estabelece que:

Art. 209. (...)

§ 5º Nas hipóteses dos incisos II, III e IV, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

- I – do agente público que praticou o ato irregular;*
- II – do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.*

§ 5º A responsabilidade do terceiro de que trata o inciso II do parágrafo anterior derivará do cometimento de irregularidade que não se limite ao simples descumprimento de obrigações contratuais ou ao não-pagamento de títulos de crédito.

Sobre a matéria, a Lei nº 8.666/1993 estabelece que:

Art. 25. (...)

§2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de

serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

...

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.

Já o art. 46 da Lei nº 8.443/1992 dispõe que:

Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

3.2. Jurisprudência do TCU

3.2.1. Responsabilidade solidária por pagamentos indevidos ou superfaturamento

Acórdão n.º 1.206/2011-Plenário

Trecho do Sumário:

Tomada de contas especial. Convênio firmado entre a secretaria de recursos hídricos do ministério do meio ambiente e o município de Massaranduba/pb. Representação do TCE/PB. Pagamento de valores acima de preços de mercado. Dano ao erário. Não aprovação da prestação de contas. Responsabilidade solidária do ex-prefeito e da empresa contratada para a execução das obras. Citação. Revelia da empresa. Defesa apresentada pelo ex-alcaide não trouxe argumento ou fato novo capaz de descaracterizar o superfaturamento. Rejeição das alegações de defesa. Contas irregulares. Débito. Multa

Outras deliberações no mesmo sentido:

Acórdãos nº 1.856/2005, nº 2.076/2004, nº 189/2001, nº 15/2002, nº 683/2005 e nº 1.656/2006, todos do Plenário; nº 248/2002 e nº 310/2003, ambos da 2ª Câmara; Acórdão nº 3.471/2006 - 1ª Câmara.

3.3.2. Dano ao erário: a questão da necessidade de participação culposa/dolosa de agente público como condição de instauração de TCE

Enunciado de Súmula nº 187 do TCU:



“Sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias, próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, dispensa-se, a juízo do Tribunal de Contas, a tomada de contas especial, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, independentemente de sua natureza jurídica ou do nível quantitativo de participação no capital social”.

Decisão 812/98 - Plenário

O dano causado por particular sem participação de agente público não o sujeita à jurisdição do TCU, limitada que é por sua natureza ontológica de órgão de controle externo da atividade da Administração Pública.

Acórdão nº 2.835/2006 - 2ª Câmara

Trecho da Ementa:

2. Caracterizada a ausência de responsabilidade do agente público pela prática do ato, afasta-se eventual responsabilidade de terceiro [no âmbito do TCU], cuja condenação dá-se, em regra, em solidariedade com aquele.

Outras deliberações no mesmo sentido

Acórdãos nº 1.798/2004 e nº 2.522/2005, ambos da 2ª Câmara.

Entendimento contrário

Acórdão nº 946/2013 - Plenário

Trecho do Voto:

55. Dito isso, passo a examinar a necessidade de se configurar a responsabilidade solidária de agente público para a responsabilização de empresa privada causadora de dano aos cofres da União.

56. Acerca do assunto, sou da opinião que a leitura do art. 71, inciso II, da Constituição Federal não permite a conclusão de que a condenação em débito daquele que der causa a prejuízo ao erário público somente ocorrerá se houve a condenação solidária de agente público. Nesse sentido, entendo que o dispositivo definiu dois espaços de atuação distintos da competência do Tribunal de julgar contas: a dos agentes que exercem múnus público e de qualquer pessoa que deu causa a um dano ao erário.

57. Quando se estabeleceu a jurisdição do TCU sobre aqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, o dispositivo não se exigiu a participação de agentes administrativos nos atos jurídicos praticados por tais sujeitos. Tal exegese somente seria possível se a aludida norma tivesse, por exemplo, essa redação:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II. julgar as contas:

a) dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta,

incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal;

b) daqueles que, em conjunto com os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”

58. Todavia, entendo que extrair da aludida norma o sentido expresso na redação acima implica desconstruir o significado do texto constitucional, o que é absolutamente vedado ao intérprete. (...)

60. Com isso, concluo que o agente particular que tenha dado causa a um dano ao erário está sujeito à jurisdição desta Corte de Contas, independentemente de ter atuado em conjunto com agente da Administração Pública, conforme o art. 71, inciso II, da Constituição Federal.

61. Isso não implica, por óbvio, que o TCU deve atuar em todas as situações em uma pessoa jurídica privada tenha causado um prejuízo aos cofres públicos.

Leia trecho selecionado do Voto do Relator e o teor das duas [Declarações de Voto](#)³.

3.2.3. Aplicação de multa às empresas contratadas - multa proporcional ao débito (art. 57 da LOTCU)

Acórdão nº 17/2007 - Plenário

Trecho da Ementa:

2. Os contratados respondem solidariamente pelo débito apurado, haja vista terem recebido recursos em valores superiores aos serviços executados, sujeitando-se à multa individual.

Outras deliberações no mesmo sentido:

Acórdãos nº 1260/2006 - 1ª Câmara; nº 3.516/2006 - 2ª Câmara; nº 2.076/2004 e nº 513/2005, ambos do Plenário.

³ - Leia trecho selecionado do Voto do Relator e o teor das duas Declarações de Voto

3.2.4. Declaração de inidoneidade - Necessária prova inequívoca?

Acórdão nº 57/2003 - Plenário

Trecho do Voto:

5. Uma outra relevante questão a ser enfrentada diz respeito a um possível conluio entre as empresas, o que representaria uma fraude à licitação, podendo levar à declaração de inidoneidade das empresas envolvidas, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/1992. O ACE responsável pela inspeção e pela análise das razões de justificativa apresentadas registra que existem fortes indícios de fraude à licitação, “porém seriam necessárias provas inquestionáveis para comprovar fraude à licitação e como consequência ser declarada a inidoneidade dos licitantes, conforme art. 46 da Lei n.º 8.443/92” (fl. 198, v.p, subitem 18.1). Entendo que prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido, uma vez que, quando ‘acertos’ desse tipo ocorrem, não se faz, por óbvio, qualquer tipo de registro escrito. Uma outra forma de comprovação seria a escuta telefônica, procedimento que não é utilizado nas atividades deste Tribunal. Assim, possivelmente, se o Tribunal só fosse declarar a inidoneidade de empresas a partir de ‘provas inquestionáveis’, como defende o Analista, o art. 46 se tornaria praticamente ‘letra morta’.

6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que “**indícios vários e coincidentes são prova**”. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações, como nos Acórdãos-Plenário nos 113/95, 220/99 e 331/02. Há que verificar, portanto, no caso concreto, quais são os indícios e se eles são suficientes para constituir prova do que se alega. Considero, neste caso, que são vários os indícios, abaixo especificados, que indicam que a licitação foi fraudada, que não se tratou de um certame efetivamente competitivo.

Trecho do Acórdão:

9.5. declarar a inidoneidade das empresas ‘...’, para participar de licitações no âmbito da Administração Pública Federal por um prazo de um ano, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/1992.

(acórdão mantido em grau de recurso – Acórdão nº 630/2006-Plenário)

Atenção!

Relator:

“ se o Tribunal só fosse declarar a inidoneidade de empresas a partir de ‘provas inquestionáveis’ o art. 46 se tornaria praticamente ‘letra morta’.”

3.2.5 Declaração de inidoneidade - Combinação de subcontratar empresa participante do certame

Acórdãos nº 1.527/2005, 1.262/2009 e 3002/2010-Plenário (o último em sede de Pedido de Reexame não provido no ponto):

Trecho do Voto:

Relator:
Não houve competição uma vez que duas das três empresas participantes tinham celebrado ‘termo de compromisso de subcontratação’, em que uma se comprometia a subcontratar a outra em 50%. A terceira não atendia condição de habilitação.

11. O reflexo da inclusão desse item foi a redução da competitividade da licitação. Em realidade, não houve competição uma vez que, conforme revelou documento encaminhado à equipe pelo Procurador deste Tribunal Marinus Eduardo De Vries Marsico, duas das três empresas participantes, Skymaster e Beta, tinham celebrado em 2000 ‘termo de compromisso de subcontratação’, em que uma se comprometia a subcontratar a outra em 50%. Na prática isso significava que, para essas empresas, não fazia diferença quem seria a vencedora da licitação, uma vez que ambas executariam 50% do objeto do contrato. Quanto à terceira empresa, a Aeropostal, conforme demonstrado pela equipe, ela não tinha o certificado de homologação do DAC, condição indispensável para operar as linhas. Além disso, um de seus sócios-gerentes, Sr. (...) (fl. 114, anexo 5), assinou contratos com a ECT na qualidade de representante da Beta (fls. 108/111, anexo 5).

Trecho do Voto Acórdão nº 1.262/2009 -Plenário

“Não há, portanto, como não considerar que as três empresas participantes do Pregão 45/2001 agiram juntas e fraudulentamente, simularam competição e frustraram o caráter competitivo da licitação, em detrimento da Administração.

Por tal razão, na hipótese, declaro a inidoneidade das três empresas para participar, por cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

Outras deliberações no mesmo sentido:

Acórdãos nº 873/2007 e nº 1.262/2007, 2.143/2007, todos do Plenário.

3.2.6. Declaração de Inidoneidade - Aspectos concretos considerados suficientes para a caracterização de fraude à licitação

Acórdão nº 57/2003 - Plenário

Trechos do voto:

7. O Analista responsável pela realização da inspeção no município havia registrado as notáveis semelhanças entre as propostas das três empresas, que as apresentaram em planilhas com estruturas bastante semelhantes, inclusive contendo os mesmos erros de digitação e as mesmas modificações de especificações em relação ao que previa o edital (fls. 25/26, v.p e 26/32, 36/42 e 46/52, v.1).

8. A justificativa das três empresas foi que tinham recebido um disquete da administração municipal e que se limitaram a preencher as planilhas constantes do disquete com os valores de cada uma das propostas. A explicação parece, à primeira vista, bastante razoável, entretanto, alguns aspectos fazem com que ela se torne inconsistente. Inicialmente, conforme registrou a Secex/SC, é bastante estranho que a administração municipal tivesse elaborado uma planilha eletrônica para fornecer aos licitantes e ela mesmo não a tivesse utilizado, pois se pode verificar que a planilha que constava do edital era bastante diferente daquela que as empresas utilizaram para apresentar suas propostas (fls. 12/14 e 16/18, v.1). Em segundo lugar, o ex-Prefeito e os membros da comissão de licitação, em suas alegações de defesa, em nenhum momento afirmaram que esse disquete teria sido fornecido aos licitantes (fls. 146/153, v.p). E o mais relevante, as planilhas, apesar de bastante semelhantes, apresentavam diferenças visíveis, conforme registrou a Unidade Técnica, de forma e também em relação ao próprio conteúdo de partes das propostas (fls. 192/193, v.p). Se eles receberam uma planilha em disquete e apenas preencheram os valores, como alegado, a ponto de permanecerem os mesmos erros de digitação, é difícil imaginar que tenham se preocupado em mudar detalhes no formato da planilha e em alguns trechos dessa planilha.



9. Outros fortes indícios de acerto entre as empresas referem-se aos preços cotados por elas. Pela observação desses valores, que constam das tabelas de fls. 194/195, v.p, constata-se a proximidade entre os preços das três empresas em relação a todos os 116 itens licitados, maioria deles envolvendo diferenças insignificantes, o que é certamente bastante improvável de se verificar. A explicação de que a competitividade dos certames vem aumentando e com isso os preços se aproximam não deve ser aceita. Este Tribunal se depara diuturnamente com a análise de certames licitatórios e, a partir dessa experiência, é possível afirmar que é absolutamente improvável que uma situação de tal proximidade de preços ocorra em relação a tantos itens. Considere-se, ainda, de acordo com o que mostra a tabela de fl. 196 (v.p), que dos 116 itens cotados, apesar da extrema proximidade de preços e do alegado 'acirramento' da competitividade, em 107 deles (92,2%), a

Relator:

Este Tribunal se depara diuturnamente com a análise de certames licitatórios e, a partir dessa experiência, é possível afirmar que é absolutamente improvável que uma situação de tal proximidade de preços ocorra em relação a tantos itens

empresa 'De Faria Construções Ltda' foi a primeira colocada, sempre por diferenças bastante reduzidas em relação às demais.

Trecho do Acórdão:

9.5. declarar a inidoneidade das empresas ... para participar de licitações no âmbito da Administração Pública Federal por um prazo de um ano, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/1992.

(acórdão mantido em grau de recurso – Acórdão nº 630/2006-Plenário

Acórdão nº 683/2006 - Plenário

Trechos do voto:

12. As argumentações das defesas, doravante apreciadas, não conseguem elidir a existência da fraude à licitação. De fato, conta-se com robusto conjunto probatório e fartos elementos de convicção que demonstram a manipulação realizada, com a montagem de propostas de preço, tendo as empresas ... e ...Construções, Indústria e Comércio Ltda. emprestado seu nome ao certame apenas para dar aparência de regularidade ao procedimento que culminou na contratação da Sigma Engenharia Ltda., firma 'vencedora' do convite.

13. Os elementos que demonstram a manipulação fraudulenta das propostas e a 'montagem' de todo o procedimento são os seguintes:

- a) todas as propostas foram emitidas na mesma data, possuem o mesmo formato, inclusive de impressão, além de mencionarem em seus preâmbulos o número errado da Carta Convite (015/97, quando o correto seria 015/98);
- b) as planilhas orçamentárias de custos possuem o mesmo erro de grafia no item 1.0 e falhas de impressão nos mesmos pontos dos quadros apresentados pelas empresas;
- c) indícios de que o Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura, Sr. (...) tenha assinado a proposta da empresa Construtora Irmãos Ltda, uma vez que a assinatura aposta na proposta coincide com o visto apostado junto à numeração das folhas do processo administrativo;
- f) a mesma data de apresentação das três propostas no dia 24/04/98, enquanto a licitação estava marcada para o dia 28/04/98;

g) as três propostas apresentam os mesmos defeitos de impressão, o qual é repetido no mapa de apuração do certame lavrado pela comissão de licitação (fl. 92), revelando que tais documentos foram produzidos na mesma impressora, possivelmente pertencente à Prefeitura;

h) no mapa de apuração e na ata de adjudicação somente constam a assinatura do Sr. (...), indicando não ter a comissão os três membros exigidos em lei;

i) ausência de assinatura do representante legal da empresa vencedora do certame na proposta, o que implicaria sua invalidação.

Trecho do Acórdão:

9.8. declarar a inidoneidade das empresas (...) para participarem de licitação no âmbito da Administração Pública Federal pelo prazo de 03 (três) anos, com fulcro no art. 46 da Lei nº 8.443/1992;

Outras deliberações no mesmo sentido:

Acórdão nº 730/2004, nº 1.691/2003, nº 1.717/2004, nº 2.012/2006, nº 873/2007 e nº 1.012/2007, todos do Plenário.

3.2.7. Declaração de Inidoneidade - Apresentação de documentos falsos em certames licitatórios

Acórdão nº 548/2007 - Plenário

Trechos do voto:

Compulsando os autos, verifica-se que é incontestado a adulteração feita nas certidões apresentadas pela empresa, pois tanto a Caixa Econômica Federal como a Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social, instadas a se manifestar a respeito, informaram que o período de validade daquelas certificações diverge do constante dos documentos originais. Mais especificamente, o próprio Delegado da Receita Previdenciária substituto atestou que “houve adulteração” no documento questionado (fl. 140 do anexo 2).

Como visto, a certidão negativa de débito do INSS, emitida em 16/08/2005, com validade até 12/02/2006 (fl. 141 do anexo 2), teve essas datas alteradas para 16/09/2005 e 15/03/2006, respectivamente (fl. 88 do mesmo anexo). Apenas para lembrar, a data de entrega

dos documentos de habilitação foi fixada, segundo o edital da Concorrência, para o dia 08/03/2006.

Relator:

- “A responsabilidade pela apresentação das certidões é da pessoa jurídica participante da licitação, não sendo razoável atribuir a fraude a subordinado ou eventual contratado”
- “comprovado o uso de certidões fraudadas com o fim de demonstrar sua regularidade fiscal, cabe declarar a inidoneidade da empresa”.

Quanto ao certificado emitido pela Caixa (FGTS), é necessário ressaltar que a hipótese aventada pela titular da Secretaria de a empresa ter quitado o débito correspondente antes do dia 08/03/2006 não dirime, ou mesmo atenua, o ilícito cometido pela empresa, já que houve a tentativa - frustrada - de burlar o certame.

Note-se que a empresa ERAM foi declarada inabilitada para participar da Concorrência justamente em virtude dos fortes indícios de adulteração das certidões, decisão esta que foi mantida pela comissão de licitação, após apreciação da impugnação feita pelo estaleiro na fase recursal do procedimento.

Além disso, cabe assinalar que não socorre à empresa a alegação de que seu corpo diretivo não teve conhecimento da ocorrência, haja vista ser tarefa delegada a terceiros.

Consoante já defendido pelo Tribunal, a responsabilidade pela apresentação das certidões é da pessoa jurídica participante da licitação, não sendo razoável atribuir a fraude a subordinado ou eventual contratado. Nos termos consignados no voto condutor do Acórdão 767/2005-Plenário, mencionado pela Analista encarregada da instrução do presente feito: “Não compete ao TCU a apuração de quem perpetrou a fraude, consistente na falsificação de documento, mas, sim, a aplicação das sanções estabelecidas em lei a quem concretamente tentou burlar procedimento licitatório mediante a utilização do documento fraudado.”

Nesse contexto, comprovado o uso de certidões fraudadas com o fim de demonstrar sua regularidade fiscal, cabe declarar a inidoneidade da empresa para participar de licitações no âmbito da administração pública federal, a teor do art. 46 da Lei nº 8.443/1992. À vista das circunstâncias evidenciadas nos autos, entendo adequado arbitrar o período de um ano como limite à sanção.

Trecho do Acórdão:

9.2. declarar, com base no art. 46 da Lei n.º 8.443/1992, a inidoneidade da empresa Estaleiro Rio Amazonas Ltda.-ERAM para licitar com a Administração Pública Federal pelo período de 01 (um) ano;

Outra deliberação no mesmo sentido:

Acórdão nº 1.150/2003 - Plenário.

*3.2.8. Declaração de inidoneidade - aplicação da pena in-
depende da ocorrência de dano ao erário, restrição ao caráter
competitivo do certame ou vantagem aos licitantes decorrente
da adjudicação do objeto da licitação*

Acórdão nº 1.340/2011 - Plenário

Síntese⁴

O Tribunal tratou de possíveis irregularidades na Concorrência 159/2009, conduzida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT), cujo objeto, dividido em oito lotes, consistiu na contratação de empresas para execução dos serviços de reabilitação, manutenção, fornecimento e implantação de dispositivos de segurança do tipo defensas metálicas em rodovias federais.

A unidade técnica, ao examinar as propostas apresentadas pelas licitantes, verificou, em um dos lotes, que as planilhas ‘quadro de preços unitários’ e ‘composição de preços unitários’ apresentadas por dois consórcios participantes da licitação teriam o mesmo teor, indicando possível conluio entre eles. Propôs, então, que fosse declarada a inidoneidade de todas as empresas integrantes de ambos os consórcios, no que contou com a aquiescência do Ministério Público junto ao TCU, o qual registrou, ainda, que, além da igualdade de preços das propostas, haveria também erros de grafia que se replicariam nas planilhas dos dois consórcios, o que não poderia ser atribuído a uma mera coincidência.

O relator, todavia, divergiu da proposta. Segundo ele, apesar de descabida a justificativa apresentada pelos consórcios licitantes que atribuíram as proximidades em suas propostas à coincidência, considerou imprópria a declaração de inidoneidade das empresas integrantes dos consórcios, em vista de não se ter consumado, no resultado da concorrência, dano ao erário, restrição ao caráter competitivo do certame ou vantagem aos licitantes decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Todavia, o ministro-substituto, Weder de Oliveira, atuando como revisor, entendeu assistir razão às análises procedidas pela unidade técnica, pois “*o conjunto de fortes evidências materiais constante dos autos constitui prova do conluio perpetrado para frustrar*

4 - Vide Informativo de Licitações de Contratos n 64

o caráter competitivo do certame, pois as empresas envolvidas não concorreram, de fato, entre si. Concorreram combinadamente contra as demais licitantes”.

O ministro-revisor ponderou, contudo, que, quanto às empresas que deveriam ser declaradas inidôneas, deveriam ser punidas somente aquelas que, com base nos elementos integrantes dos autos, *“trabalharam pela consecução da ilegalidade, ou seja, aquelas que praticaram os atos formais que resultaram na fraude”.*

Na espécie, ainda consoante o ministro-revisor, coube às empresas líderes dos consórcios a representação das demais em todas as fases do procedimento licitatório, o que levaria à responsabilização de tais empresas, bem como de outra empresa, cujo diretor fora constituído procurador de um dos consórcios. Quanto às demais empresas integrantes dos dois consórcios, não haveria nos autos elementos que permitissem afirmar se participaram ou mesmo se tinham conhecimento da fraude, razão pela qual votou pela declaração de inidoneidade apenas das empresas comprovadamente envolvidas na fraude. O Plenário, por maioria, acolheu o voto-revisor.

3.2.9. Declaração de inidoneidade - efeitos ex nunc

Acórdão nº 3.002/2010 - Plenário

Trecho do Voto

Relator:
A declaração de inidoneidade não dá ensejo à imediata rescisão de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas com a administração pública federal

5. Quanto ao primeiro tópico, relativo à eficácia da declaração de inidoneidade, manifesto-me de acordo com os exames empreendidos nos autos, pois, com amparo na moderna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF-1, concluiu-se que a declaração de inidoneidade não dá ensejo à imediata rescisão de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas com a administração pública federal. Isso porque a declaração de inidoneidade apenas produz efeitos ex-nunc, não autorizando que sejam desfeitos todos os atos pretéritos ao momento de sua proclamação.

6. Nesse sentido, são plenamente aplicáveis os escólios do Exmo. Ministro Teori Albino Zavascki, exarados nos autos do MS 13.964/DF, cuja ementa transcrevo a seguir:

‘(...)

2. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade ‘só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento’ (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de ‘licitar ou contratar com a Administração Pública’ (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

3. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pela impetrante.

4. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental.

7. Em acréscimo às ponderações de Sua Excelência, as quais adoto como razões de decidir, pondero que a rescisão de todos os contratos anteriormente celebrados pela empresa declarada inidônea nem sempre se mostra a solução mais vantajosa para a administração pública, pois, dependendo da natureza dos serviços pactuados, que em algumas situações não podem sofrer solução de continuidade, não seria vantajoso para a administração rescindir contratos cuja execução estivesse adequada para celebrar contratos emergenciais, no geral mais onerosos e com nível de prestação de serviços diverso, qualitativamente, daquele que seria obtido no regular procedimento licitatório.

3.2.10. Declaração de Inidoneidade na execução contratual

Acórdão nº 692/2007-Plenário

Trechos do voto:

14. Deixo de acolher, também, a proposta de declaração de inidoneidade da empresa em referência. Como se observa dos autos, a irregularidade apontada pela Unidade Técnica diz respeito

à inexecução contratual, não trazendo qualquer elemento quanto à possível irregularidade na condução do procedimento licitatório. Lamentavelmente, a Lei Orgânica do TCU não prevê sanção por inidoneidade na execução contratual, o que torna impossível a aplicação desta sanção penal, ante a ausência de previsão legal. A aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/93, deve ser realizada pela administração pública contratante, mediante a realização de regular procedimento administrativo.

Acórdão nº 2.031/2013-1ª Câmara

Trechos do voto:

16. Por outro lado, o MP/TCU sugeriu que se aplicasse a pena de declaração de inidoneidade às empresas (...), tendo em vista o intuito de frustrar a competitividade da Tomada de Preços 1/2001, mediante sub rogação dos serviços.

17. Embora seja inafastável a ilegalidade da sub rogação do contrato, é forçoso reconhecer a existência de entraves legais para a aplicação, às empresas, da penalidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/92. Isso porque aquele dispositivo legal exige a verificação da ocorrência de fraude comprovada à licitação para a sua aplicação. Entretanto, considerando que a irregularidade ocorreu na gestão do contrato posteriormente assinado, entendo restar dificultada a comprovação da prática fraude à licitação exigida para a apenação. Anoto, a propósito, que esse encaminhamento foi também adotado pelo Tribunal no Acórdão 11908/2011 - 2ª Câmara, que julgou o TC-013.352/2005-1, TCE referente às obras de construção de outro trecho do mesmo córrego.

Outras deliberações no mesmo sentido

Acórdãos nº 814/2007 e 1.287/2007, 2.258/2008, todos do Plenário



3.2.11. Declaração de Inidoneidade dos sócios

Acórdão nº 495/2013-Plenário

Trechos do voto:

21. Quanto à declaração de inidoneidade dos sócios, alinhom às conclusões do Ministro Aroldo Cedraz no voto condutor do Acórdão 2.549/2008 - Plenário [...], no sentido de que o art. 46 da

Lei 8.443/92 menciona apenas o licitante, no caso em comento as empresas do grupo (...).

22. Não obstante entender não ser apropriado lançar mão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para declarar a inidoneidade dos sócios e/ou administradores das empresas envolvidas no esquema de fraudes à licitação, ressalto que podem ser desenvolvidos mecanismos destinados a coibir a burla relacionada à declaração de inidoneidade de empresas, como o aperfeiçoamento do cadastro do [MPOG].

23. Essa medida deverá permitir o cruzamento de dados de sócios e/ou de administradores de empresas.

3.2.12. Declaração de Inidoneidade - alcance de licitações custeadas com recursos federais, repassados mediante convênio.

Acórdão nº 495/2013-Plenário

Trechos do Relatório:

2. O art. 46 da Lei 8.443/1992 dispõe que, verificada a “ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”. Uma leitura rasteira deste dispositivo leva ao entendimento que essa penalidade administrativa refere-se a vedação de participar de licitação tão somente no âmbito da Administração Pública Federal.

3. Contudo, analisando mais aprofundadamente esse artigo, nota-se ser outro o seu verdadeiro sentido.

4. Tomando-se esse artigo dentro do seu contexto legal, percebe-se que a mencionada lei é a Lei Orgânica do TCU (LOTUCU), estando ali disposta, entre outras, as competências, constitucionais e legais, dessa Corte de Contas (art. 1º).

4.1. Percebe-se que a competência do TCU não está adstrita à Administração Pública Federal, mas aos recursos da União. Ou seja, deve julgar contas não apenas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos dos órgãos e entidades da União (inciso I) e deve fiscalizar não apenas essas unidades administrativas (inciso II), mas também julgar as contas “daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário” (inciso I) e

fiscalizar também a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio ou instrumento congênere (inciso VI do art. 71 da CF/88).

4.2. Não é por outro motivo que, ao elencar a abrangência da jurisdição dessa Corte de Contas, o art. 5º dessa lei inclui, entre outros, todos aqueles que lhe devem prestar contas (inciso VI) e os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio ou instrumento congênere (inciso VII).

4.3. Assim, a jurisdição do TCU leva em consideração não somente às unidades gestoras da União, mas, sobretudo, a natureza dos recursos envolvidos, que devem ser federais.

4.4. Com isso em mente, conclui-se que interpretar literalmente o art. 46 dessa norma, para limitar o alcance da inidoneidade do licitante fraudador a apenas aos órgãos e entidades da União não é o mais pertinente.

[...]

4.7. Logo, para o artigo 46 da LOTCU, a melhor exegese é entender que essa penalidade abrange qualquer licitação em que sejam utilizados recursos públicos federais.



3.3. Jurisprudência do STF

STF:

O poder outorgado ao TCU, de declarar, a inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitação na Administração Pública Federal não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações que é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente.

3.3.1. *Pet-Agr 3.606/DF (DJ 27/12/2006)*

O Pet-Agr 3.606/DF possui a seguinte ementa:

Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para

participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que - dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente.

3.4. Jurisprudência do STJ

3.4.1. RMS 15.166/BA (DJ 8/9/2003)

Ementa:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COMO MESMO OBJETO SOCIAL, MESMO SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.
- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.
- Recurso a que se nega provimento.

4. Responsabilidade dos sócios da pessoa jurídica contratada pela administração

Podem os sócios de uma pessoa jurídica de direito privado ser responsabilizados diretamente pelo TCU para indenizar prejuízo causado ao erário? Em que condições isso se dá?

Primeiro, é essencial lembrar que, quando caracterizada a ocorrência de débito, com responsabilidade solidária da empresa contratada, essa responsabilidade deve ser, em regra, imputada à pessoa jurídica, não atingindo o patrimônio das pessoas físicas dos sócios.



Há casos, entretanto, em que os sócios se escondem sob o manto da sociedade para praticar atos fraudulentos, abusivos, visando normalmente prejudicar terceiros ou fugir à incidência da lei. A separação patrimonial, nesses casos, revela-se injusta e ilegítima, uma vez que não se consegue atingir o patrimônio daqueles que foram efetivamente responsáveis pelas irregularidades detectadas e que praticaram os atos fraudulentos, abusivos, contrários aos próprios objetivos da sociedade, em detrimento de terceiros e da própria sociedade.

Nesses casos, o exame da jurisprudência revela que o TCU tem desconsiderado a personalidade jurídica da empresa para alcançar o patrimônio dos sócios. E isso não é recente! A Decisão 209/1997 – 2ª Câmara revela que o Tribunal tem aplicado essa medida há bastante tempo.

Vale registrar que não há dispositivo na Lei 8.443/92 que autorize expressamente essa medida. Essa competência do TCU já foi questionada junto ao Poder Judiciário, que entendeu de ser juridicamente possível e correta a desconsideração da personalidade jurídica pelo Tribunal de Contas da União (TRF – 5ª Região)

Detalhes sobre o assunto, veremos ao longo deste capítulo, no exame de diversos julgados do TCU.

4.1. Legislação

O art. 28 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) dispõe que:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou

violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Por sua vez, o art. 4º da Lei nº 9.605/1998 estabelece que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Finalmente, o art. 50 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil vigente) determina que:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

4.2. Doutrina

Sobre a técnica da desconsideração da personalidade jurídica da empresa para se atingir seus sócios e reais perpetradores do ato abusivo ou fraudulento, a professora Ada Pellegrini Grinover nos traz os seguintes ensinamentos doutrinários, a saber:

“A essa conveniência ou necessidade da criação da pessoa jurídica liga-se a ideia da limitação da responsabilidade dos sócios pelos atos praticados sob o manto da sociedade. Com efeito, é inegável ter sido essa limitação da responsabilidade dos que se unem em sociedade, mediante a separação entre o patrimônio dessa sociedade e os dos sócios, um dos principais avanços (e, por que não dizer, um dos principais atrativos) para o desenvolvimento dos grandes empreendimentos comerciais, hoje tão comuns em nossas vidas.

(...)

Não se pode perder de vista, com advertiu Fábio Konder Comparato, que essa personificação é apenas ‘uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos, de maneira que a sua manutenção somente é autorizada (e, a rigor, somente justificada) enquanto voltada para a realização daqueles

específicos interesses e objetivos, tal como previstos nos contratos ou nos estatutos sociais.’

(...)

A ideia, diga-se, não é nova, e vem de antiga decisão que, embora editada nos tribunais ingleses, acabou por produzir maior repercussão no direito norte-americano, em que se fixou o entendimento de que ‘quando o conceito de pessoa jurídica (corporate entity) se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação já existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio, ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais.’

(...)

Entre nós, Rubens Requião, pioneiro no estudo do tema, observou que:

‘Se a personalidade jurídica constitui criação da lei, como concessão do Estado, objetivando, com diz Cunha Gonçalves, ‘a realização de um fim’, nada mais procedente do que reconhecer ao Estado, através da sua Justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado.’

Por esse motivo, conclui o eminente comercialista:

Ada Pellegrini:
Sempre que argüida a fraude, o ilícito, ou o propósito de prejudicar terceiros, ou mesmo que se possam frustrar direitos ou interesses desses terceiros, o Judiciário poderá constatar se, na realidade alguém se serve da pessoa jurídica, para, confundindo os interesses e patrimônio da empresa com os pessoais dele, cometer abusos, de modo a causar prejuízos.

‘a personalidade jurídica passa a ser considerada, doutrinariamente, um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso.’

(...)

‘Nessas hipóteses – nas quais avultam os de fraude e abuso de direito – parece-nos indubitoso que o juiz tem o poder e, sobretudo, o dever de indagar se deve desprezar as conseqüências desse ilícito, ou desse abuso, deixando de atingir os verdadeiros causadores daqueles atos ou se deve ‘desprezar a personalidade jurídica para, penetrando em sue âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.’

Assim, sempre que argüida a fraude, o ilícito, ou o propósito de prejudicar terceiros, ou mesmo que se possam frustrar direitos

ou interesses desses terceiros – aqui incluídos os demais sócios da empresa – o Judiciário – conforme observou Lauro Limborço, ‘esquadrinhando a intimidade da pessoa jurídica, poderá constatar se, na realidade, alguém se serve dela para, confundindo os interesses e patrimônio da empresa com os pessoais dele, cometer abusos, de modo a causar prejuízos.’

Sobre isso, Arruda Alvim, analisando os casos em que se autorizaria a quebra da personalidade jurídica, destacou a ‘utilização abusiva da pessoa jurídica, com o intuito de fugir à incidência da lei ou de obrigações contratuais, ou causar fraudulentamente danos a terceiros’. Assim, para que se atinja a verdadeira justiça – esse o pressuposto e norte da aplicação da teoria – é preciso que, nestes casos, o juiz ignore a existência da pessoa jurídica, e faça com que o ato, que apenas formalmente seria dela, seja imputado diretamente ao sócio.⁵⁹”

4. 3. Jurisprudência do Poder Judiciário

4.3.1. Abuso de direito, fraude, infração da lei

STJ - RESP nº 158.051/RJ (DJ 12/4/1999) – Caso Bateau Mouche

“Acolhimento da teoria da “desconsideração da pessoa jurídica”. O Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros”.

STJ - RESP nº 4.786/SC (DJ 20/5/1991)

“Os sócios-gerentes são responsáveis pelos atos lesivos que praticarem com infração da lei ou violação do estatuto, legitimando-se, via de consequência, como parte passiva ‘ad causam.’”

TJDF - Apelação Cível nº 47.768/98 (DJ 14/4/1999):

“A personalidade da pessoa jurídica não constitui um direito absoluto, por estar sujeita às ações indicativas de fraude contra credores e do abuso de direito, que repugnam à consciência jurídica”.



STF – RE nº 85.241/SP (DJ 24/2/1978):

Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Os bens particulares dos sócios, uma vez integralizado o capital, não respondem

5 - GRINOVER, Ada Pellegrini. Revista Forense, volume 371. Rio de Janeiro: Forense, jan-fev/2004.

por dívida fiscal da sociedade, salvo se o sócio praticou ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

4.3.2. STJ - Legalidade da desconsideração da pessoa jurídica, na esfera administrativa

RMS 15.166/BA (DJ 8/9/2003)

Ementa:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE.

PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- - A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.
- - A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.
- - Recurso a que se nega provimento.

Tribunal Regional Federal – 5 Região: Legalidade da desconsideração da pessoa jurídica pela TCU, na esfera administrativa – (Agravo de Instrumento – 67598 - Primeira Turma):

Ementa:

5 - Em harmonia com o entendimento do douto Ministério Público Federal, é de adotar o entendimento de ser juridicamente possível e correta, através de uma interpretação lógico-sistemática, com base em critérios de razoabilidade, à desconsideração da personalidade jurídica pelo Tribunal de Contas da União, em sede de procedimento administrativo de Tomada de Contas Especial, uma vez que constitui medida até mesmo constitucionalmente aconselhável, com o escopo de tornar cada vez mais eficiente a atuação dessa instituição, após o termo de um procedimento realizado em contraditório, em decisão bem fundamentada: o motivo da declaração da desconstituição da personalidade jurídica foi a utilização de fraude que não apenas atingiu terceiros - neste caso, inclusive o próprio poder público -, mas também a própria empresa que, embora à época, pertencente aos recorrentes, tinha patrimônio distinto dos sócios. Sendo assim, diante da conduta dolosa dos sócios, constatada não só pela ocorrência de superfaturamento, mas também pela emissão de notas fiscais fraudulentas, entendemos que está preenchido o requisito para a utilização do instituto em comento.

TRF 5ª Região:

Em harmonia com o entendimento do douto Ministério Público Federal, é de adotar o entendimento de ser juridicamente possível e correta, através de uma interpretação lógico-sistemática a desconsideração da personalidade jurídica pelo Tribunal de Contas da União.

4.4. Jurisprudência do TCU

Situações que ensejam a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica



Acórdão nº 1891/2010-Plenário

Trecho do Voto:

Ainda na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina e a jurisprudência apontavam para a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de utilização ilícita ou fraudatária da sociedade (Doctrine of disregard of legal entity).

O Código Civil de 2002 positivou o levantamento do véu da pessoa jurídica, in verbis:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

A jurisprudência dos tribunais judiciais é uníssona no sentido de que “o Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros” (STJ, REsp 158.051/RJ).

Também o TCU adota esse procedimento, quando verificado ao menos um dos requisitos para sua aplicação - fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial (acórdãos 2.858/2008, 3.135/2006, 50/2002, Plenário).

Decisão nº 914/2000 – Plenário

Explicação sintética da deliberação: Houve a cobrança indevida de materiais hospitalares. Constatou-se que o sócio-gerente da empresa fraudava os documentos de cobrança, declarando a utilização de materiais que, de fato, não eram empregados.

Trecho da Decisão:

... rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. (...) (Sócio-Diretor da ACL - Comércio e Representações Ltda), e fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, o recolhimento das importâncias a seguir identificadas.

Julgamento das contas pela irregularidade, com a imputação do débito foi feita no Acórdão 39/2002-2ª Câmara.

Acórdão nº 425/1998 - 2ª Câmara

Explicação sintética da deliberação: Não-execução integral de obra custeada com recursos repassados via convênio. Um dos sócios da empresa contratada assinou o convênio em nome da Prefeitura, a prestação de contas e a declaração da construtora foram elaboradas na mesma máquina de escrever, os recursos eram repassados à empresa nos dias seguintes aos dos créditos, sem que houvesse contraprestação. As notas fiscais utilizadas eram ‘frias’ e a obra não foi concluída, em que pese ter havido o repasse da totalidade do valor para a empresa.

Trecho do Acórdão:

julgar as presentes contas irregulares e condenar, solidariamente, o ex-Prefeito de Almas (TO), o Sócio e o ex-Sócio da empresa A Nacional Construtora Ltda. ao pagamento da quantia original de Cr\$ 275.070.822,02.

Acórdão mantido em grau de recurso - Acórdão 191/2000-2ª Câmara.

Acórdão nº 976/2004-Plenário

Explicação sintética da deliberação: Não-demonstração do nexo causal entre os recursos repassados e a obra realizada. Foram constatadas diversas irregularidades em relação à empresa contratada: não-localização nos endereços informados, inexistência de inscrição na fazenda municipal, emissão de notas fiscais com inscrição municipal inválida, utilização de talonários de notas fiscais impressos por gráfica não-autorizada pela Receita Federal e utilização de CNPJ de outra empresa no termo de contrato assinado.

Trecho do Acórdão:

9.2. converter os presentes autos em Tomada de Contas Especial... e determinar a citação solidária do Sr. (...), da empresa Ângulos Construções Consultoria e Comércio Ltda., na pessoa de seu representante legal e do(s) sócio(s)-gerente(s) da referida empresa, para que apresentem, no prazo de quinze dias, alegações de defesa ou recolham, aos cofres do Tesouro Nacional.

(Pendente julgamento de mérito)

Outras deliberações

Acórdãos nº 83/2000, nº 516/2004 e nº 873/2007, todos do Plenário.

4.4.1. A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica depende de prévia concordância do relator do feito.

Acórdão nº 2589/2010-Plenário

Trecho do Voto:

Por outro lado, não posso deixar de consignar meu entendimento de que, por questão de prudência, não se mostra razoável deixar que unidades técnicas do tribunal decidam sobre a adoção dessa medida excepcional [desconsideração], devendo tal competência ser reservada ao relator ou, a critério deste, ao colegiado competente. Destarte, tendo em vista que em alguns precedentes desta corte de contas a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica se deu por iniciativa da unidade técnica responsável sem passar previamente pelo crivo do relator, entendo pertinente e oportuno determinar à

Secretaria Geral de Controle Externo deste Tribunal – Segecex que faça chegar ao conhecimento das unidades que lhe são subordinadas a ressalva ora apresentada.

Acórdão

2589/2010-Plenário:

A citação de sócios ou administradores de empresa mediante desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica depende de prévia concordância do relator do feito, não se encontrando inserida no rol de competências delegadas à unidade técnica.

Trecho do Acórdão:

9.9. determinar à Segecex que oriente as unidades técnicas que lhe são subordinadas no sentido de que a citação de sócios ou administradores de empresa mediante desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica depende de prévia concordância do relator do feito, não se encontrando inserida no rol de competências a elas delegadas com base no art. 157, § 1º, do Regimento Interno/TCU

4.4.2. Desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica alcançando sócios de fato.

Acórdão nº 1891/2010-Plenário

Trecho do Voto:

Os efeitos da desconconsideração da personalidade jurídica não se impõem apenas aos sócios de direito da empresa; alcançam, também, eventuais sócios de fato. [Clique aqui para ler o Acórdão na íntegra.](#)

4.4.3. Responsabilização exclusiva dos sócios-gerentes

Decisão nº 290/1997 - 2ª Câmara

Trechos do Voto:

2. Sobre a responsabilidade dos sócios-gerentes nas sociedades por cotas, ensina Rubens Requião que para os atos que praticar violando a lei e os estatutos, de nada serve ao sócio-gerente o anteparo da pessoa jurídica da sociedade. Sua responsabilidade pessoal e ilimitada emerge dos fatos, quando resultarem de sua violação ou do contrato, causando sua imputabilidade civil e penal.

(...)

5. Nestas condições, entendo, “in casu”, que os dois sócios devem responder pessoalmente perante o Tribunal, em solidariedade com o Sr. (...), uma vez que a pessoa jurídica, A Nacional Construtora Ltda., foi utilizada ilicitamente para os negócios dos seus proprietários.

Trecho da Decisão:

1 - rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. (...), ex-Prefeito Municipal de Almas/TO, (...) e (...), respectivamente sócio e ex-sócio da empresa...

Contas julgadas irregulares, com a imputação de débito, por meio do Acórdão nº 425/1998-2ª Câmara, mantido em grau de recurso pelo Acórdão 191/2000-2ª Câmara.

4.4.4. Responsabilização solidária da empresa e dos sócios-gerentes

Decisão nº 947/2000 - Plenário

Trecho do Voto:

15. Do exposto, deduz-se que a melhor linha de atuação do Tribunal, para a recomposição dos cofres públicos seria sempre, em casos como os que agora discutimos, optar pela citação solidária da pessoa jurídica (empresa) com as pessoas físicas de seus sócios-acionistas.

16. Não obstante, nesse processo específico, temos a informação de que a pessoa jurídica já encerrou suas atividades, sendo previsível, portanto, o resultado infrutífero que poderia advir de sua citação. Corretos, portanto, se encontram os autos, objetivando a citação individual do sócio-cotista, Sr. (...).

Trecho da Decisão:

rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo sócio-cotista e gerente da empresa ... - Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

Julgamento pela irregularidade das contas, com a condenação em débito, foi feito pelo Acórdão 53/2002-2ª Câmara.

Outra deliberação no mesmo sentido:

Acórdão nºs 976/2004 e 873/2007 - Plenário

4.4.5. Responsabilidade do sócio-cotista

Acórdão nº 1.323/2003-Plenário

5. Concordo igualmente com a responsabilização solidária do Sr. João (...), então sócio-gerente da empresa. Noto, ademais, haver nos autos circunstâncias que revelam a evidente má-fé com que esse Responsável se portou desde o início da execução do projeto em pauta, circunstâncias essas que justificam o agravamento da pena que lhe deve ser imputada pelo Tribunal. Senão, vejamos.

(...)

17. Posto isso, peço vênia para discordar dos pareceres quanto à responsabilização pessoal da Sra. Patrícia (...). Com base nas informações presentes nos autos, penso que sua situação é bastante diversa da do Sr. João, não se justificando que ambos recebam o mesmo tratamento.

18. À época dos fatos examinados nesta TCE, a referida senhora figurava apenas como sócia-cotista da empresa, sem qualquer indicação, nos autos, de que tenha participado de atos de gestão relacionados ao evento EFAPI 99.

19. A Unidade Técnica aponta que a Sra. Patrícia tinha conhecimento da pendência de prestação de contas junto ao MinC, e que, portanto, deveria ter tomado as providências e precauções sobre o assunto. Como fundamento, cita declaração da Responsável, que afirma, à fl. 80, que 'o Sr. João (...), quando da sua saída, ficou de prestar as contas do evento diretamente ao Ministério da Cultura; entretanto, com o recebimento das missivas, descobrimos que ele ainda não havia efetuado a prestação'.

20. Não se podem desconsiderar, todavia, as circunstâncias que envolveram a sociedade. Como aponta o Relatório precedente, houve até mesmo o registro de queixa policial pela sócia-cotista contra o então sócio-gerente, alegando a falta de prestação de informações sobre a situação da empresa.

21. Ademais, a declaração citada pela Unidade Técnica já foi dada pela Sra. Patrícia na condição de gerente da empresa. Evidentemente que nessa condição ela, ou qualquer pessoa que assumisse a administração da sociedade, não só passaria a ter pleno conhecimento dos fatos como também deveria adotar as medidas necessárias com vistas a evitar a responsabilização da empresa.

22. A referida senhora não conseguiu êxito nesse intento e, por essa razão, a empresa deve sofrer os ônus de faltar com os compromissos que assumiu. Mas, objetivamente, não vejo fundamento para a condenação solidária e pessoal da então sócia-cotista. Contra ela, não se apontou um único ato de burla, fraude ou de violação da lei ou do contrato social capaz de revelar sua participação nos ilícitos tratados nesta TCE.

23. E, conforme já decidiu o Supremo Tribunal, ‘somente os bens particulares do sócio que exerça ou tenha exercido a gerência da sociedade podem ser penhorados por dívida desta, e, assim mesmo, quando tenha agido com excesso de poderes ou infração de lei ou de contrato social’ (RE-94697/RJ). Em outras palavras, ‘o sócio não responde, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pelas obrigações fiscais da sociedade, quando não se lhe impute conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou do contrato’ (RE-108728/SP).

24. Evidentemente que a condenação da empresa se repercutirá nos interesses da Sra. Patrícia, atual sócia-gerente e com participação majoritária na sociedade (99% do capital). Mas quanto a seu patrimônio pessoal, não há nos autos evidências que permitam desconsiderar sua situação de cotista à época dos fatos.

Trecho do Voto:

9.1. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “a” e “d”, 19 e 23, inciso III, da Lei nº 8.443/92, julgar as presentes contas irregulares e em débito, solidariamente, a empresa (...) Ltda. e o Sr. (...), ex-sócio-gerente, condenando-os ao pagamento das quantias ...

9.2. aplicar ao Sr. (...) a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92

4.4.6. Inaplicabilidade da multa do art. 58

Acórdão nº 873/2007 - Plenário

Trecho do voto:

19. Deixo de acolher a proposta de aplicação da multa prevista no art. 58, inciso III, ao Sr. Paulo (...), sócio-gerente da Construtora Silva & Lopes Ltda., visto que esse fundamento não se sustenta, pois não se está imputando a este responsável a prática de qualquer

ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Além do mais este responsável não geriu recursos públicos federais, entrou na relação processual como responsável pela empresa contratada pelo conveniente executor.

Outra deliberação no mesmo sentido:

Acórdão nº 1.282/2007-Plenário

4.4.7 Não-aplicação da teoria da desconsideração no caso das firmas individuais

Acórdão nº 615/2008-2ª Câmara

Trecho do voto:

5. No que diz respeito à responsabilidade dos proprietários das firmas individuais (ou empresários individuais) contratadas pelo município para executar as obras indicadas no convênio, entendo, diferentemente da unidade técnica, que não é o caso de se aplicar a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, de que trata o art. 50 do novo Código Civil.

Relator:
O empresário individual atua em nome próprio, respondendo seus bens particulares integral e solidariamente (ou seja, sem ordem de execução dos bens, primeiro os da empresa e depois os do empresário) pelas dívidas contraídas na atividade empresarial.

6. Neste caso, aplica-se a regra de que os bens particulares respondem integral e solidariamente pelas dívidas decorrentes da atividade empresarial. Não obstante essa modalidade empresarial (firma individual ou empresário individual) depender de registro na Junta Comercial e existir número específico para a empresa, não há propriamente a criação de uma nova personalidade jurídica. Ou seja, o empresário individual atua em nome próprio, respondendo seus bens particulares integral e solidariamente (ou seja, sem ordem de execução dos bens, primeiro os da empresa e depois os do empresário) pelas dívidas contraídas na atividade empresarial.

7. Portanto, não há qualquer ressalva ou proteção dos bens da pessoa física com relação às dívidas contraídas na atividade empresarial, mesmo possuindo a empresa individual (antigamente denominada firma individual) CNPJ próprio, diferentemente do que ocorre na sociedade limitada e na sociedade simples, para as quais existem, respectivamente, direito a limite de responsabilidade e ordem de execução dos bens. Reforçando: no caso do empresário individual (ou firma individual), seus bens particulares podem ser executados diretamente para saldar as dívidas da empresa.

8. Assim, acertado, no presente caso, o chamamento dos Srs. (...) para responderem solidariamente com o Sr. (...), ex-prefeito do Município de Pedra/PE, pelos débitos apurados nos autos.

Síntese

Nesta aula, estudamos a responsabilização de agentes envolvidos mais diretamente com o contrato.



Vimos que o fiscal do contrato público tem papel fundamental para assegurar que seja efetivamente entregue o que foi contratado pelo poder público. Se falhar nessa tarefa, atestando, por exemplo, a prestação de serviços não realizados ou, ainda, sendo omissos ao não apontar a alteração de serviços não autorizada pelo Poder Público, pode vir a ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao erário.

Diversas questões foram examinadas em relação à responsabilidade de uma pessoa jurídica de direito privado contratada pela Administração Pública. Vimos que a jurisprudência sustentou, ao longo dos anos, que a imputação de débito a essa empresa somente poderia se dar em decorrência de uma responsabilização solidária com um agente público. Recentemente, o Plenário caminhou em sentido diverso, afirmando ser possível responsabilizar exclusivamente a pessoa jurídica de direito privado não vinculada à Administração.

Examinamos também as penas aplicáveis a essas empresas contratadas e em que circunstâncias cada qual pode ser aplicada. Nesse sentido, a jurisprudência do TCU mostra que a multa de que trata o art. 57 da LOTCU é aplicável a tais entes. Vimos, por exemplo, que a declaração de inidoneidade não demanda prova inquestionável e cabal da prova, mas que a convicção da fraude pode se dar por um conjunto de indícios convergentes entre si.

Ainda com relação ao ponto os julgados indicam não ser possível ao TCU declarar a inidoneidade de empresa que tenha cometido fraude na execução contratual. No caso de fraude em contratações diretas, não há linha jurisprudencial definida pela Corte.

A responsabilização dos sócios das empresas contratadas foi outro tema desse encontro. Vimos que é procedimento de exceção, quando, por exemplo, os sócios se escondem sob o manto da sociedade para praticar atos fraudulentos, visando normalmente prejudicar terceiros ou fugir à incidência da lei. Vimos que o TCU, em plano relativamente recente,

decidiu que procedimento de desconsideração da personalidade jurídica é de competência reservada ao relator ou, a critério deste, ao colegiado competente, não estando no âmbito de delegação às unidade técnicas.

Concluimos esta aula convidando os participantes a utilizarem o fórum para esclarecimentos de dúvidas.

Referências bibliográficas

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria Adjunta de Fiscalização. Orientações para elaboração da matriz de responsabilização.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade Civil. São Paulo, Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. 1 – Parte geral.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCEZ NETO, Martinho. Prática de responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, Vol. 371, jan-fev/2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, 28 ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 1: parte geral

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 3 ed. São Paulo: Dialética.

_____. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LOPES, Othon de Azevedo. Responsabilidade Jurídica, Horizontes, Teoria e Linguagem, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2006, p. 254.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro.. 24 ed. São Paulo: Malheiros.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Eficácia nas licitações & contratos. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Apostila de responsabilidade e processo.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Servidores públicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6 ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assim. Princípios básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994.