

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

- Hipótese de responsabilidade solidária
- Depende de previsão legal ou contratual

LEI ORGÂNICA DO TCU:

Art. 16. [...]

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo [DANO, DESVIO OU DESFALQUE], 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.

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

LEI ORGÂNICA DO TCE/MT: Não Prevê

REGIMENTO INTERNO DO TCE/MT:

Art. 195. Nas hipóteses dos incisos II, III e IV, do artigo anterior, a responsabilidade será pessoal, podendo, para fins de resarcimento de valores ao erário, ser declarada a responsabilidade solidária do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. (Resolução Normativa nº 32/2012).

Parágrafo único. A responsabilidade do terceiro de que trata o caput deriva do cometimento de irregularidades que não se limitem ao simples descumprimento de obrigações contratuais ou inadimplência no pagamento de título de crédito.

- Irregularidade pelo recebimento do benefício indevido ou do pagamento superfaturado

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

SEGUNDO A LEI DE LICITAÇÕES

“Art. 25. (...)

§ 2º Na hipótese deste artigo [inexigibilidade] 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.”

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

Há responsabilização do particular sob duas possibilidades:

1. Se houver relação contratual com a Administração

A responsabilização está atrelada à solidariedade com o agente público, e é adstrita à condenação em débito para reparação (esse é o entendimento predominante, porém há decisões do TCU que condena sem que haja a solidariedade e com aplicação de multa).

2. Em licitação (caso de fraude à licitação)

O particular pode ser responsabilizado sem solidariedade a agente público, com pena de declaração de inidoneidade.

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.1 Responsabilidade solidária por pagamentos indevidos ou superfaturamento

Ac. TCU 1.206/2011-Plenário

“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 descharacterizar o superfaturamento. Contas irregulares. Débito. Multa.

Explicação: Quando constatado superfaturamento, as empresas contratadas devem ser condenadas solidariamente com os responsáveis no âmbito do órgão/entidade contratante.”

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.1 Responsabilidade solidária por pagamentos indevidos ou superfaturamento

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Outras deliberações no mesmo sentido:

Ac. 1.856/2005-Plenário, Ac. 2.076/2004-Plenário, Ac. 189/2001 -Plenário, Ac. 15/2002-Plenário, Ac. 683/2005-Plenário e Ac. 1.656/2006-Plenário; Ac. 248/2002-2ª Câmara, Ac. 310/2003-2ª Câmara; Ac. 3.471/2006-1ª Câmara

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.2. Dano ao erário: necessidade de participação culposa/dolosa de agente público

- Não cabe tomada de contas especial quando há dano ao erário sem a participação de agente público.

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".

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.2 Dano ao erário: necessidade de participação culposa/dolosa de agente público como condição de instauração de TCE

Ac. 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

Ac. 1.798/2004-2ª Câmara e Ac. 2.522/2005-2ª Câmara

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.3 Aplicação de multa às empresas contratadas - multa proporcional ao débito

Ac. 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:

Ac. 1260/2006-1ª Câmara; Ac. 3.516/2006-2ª Câmara; Ac. 2.076/2004-Plenário e Ac. 513/2005-Plenário

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.4 Aplicação de multa às empresas contratadas – multa por irregularidade

(acórdãos isolados) **IMPORTANTE !!!**

1. Conforme se observa a seguir, em alguns casos, o Tribunal aplicou a multa do art. 58 da LOTCU a empresas contratadas pela administração pública. Em diversas outras situações, entretanto, rechaçou a viabilidade jurídica da aplicação desse tipo de sanção

2. Quando essa penalidade foi imputada, não foi discutida a possibilidade de sua aplicação. Entretanto, quando essa pena não foi aplicada, foram apresentados os devidos fundamentos da não aplicação dessa multa às pessoas jurídicas contratadas

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.4 Aplicação de multa às empresas contratadas – multa do art. 58 da LOTCU

(acórdãos isolados)

Ac. 50/2006–Plenário

Trecho do Acórdão:

9.6. aplicar ... às empresas ..., a multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei n.º 8.443/92, no valor de R\$ 3.000,00, individualmente, em razão das irregularidades praticadas na realização do Convite n.º 05/2002. (acórdão mantido em grau de recurso - Acórdão n° 909/2006- Plenário)

Outras deliberações no mesmo sentido:

Ac. 795/2006-2ª Câmara e Ac. 100/2003-Plenário

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.5 Não aplicação de multa – jurisprudência dominante no TCU

Ac. 459/2004-Plenário - Trecho do voto:

18. Em princípio, a existência do dano ao erário, decorrente do inadimplemento parcial desse contrato, poderia ensejar a aplicação da multa prevista no art. 58, I, da Lei n.º 8.443/1992. Adicionalmente, as respectivas contas poderiam ser julgadas irregulares, consoante disposto no art. 16, III, "c", da Lei n.º 8.443/1992. **Entretanto, com esse que na jurisprudência pacífica desta Corte de Contas, entendo não ser cabível apenar com multa pessoa jurídica com supedâneo no mencionado dispositivo legal.** [...] Ressalto que meu entendimento seria diferente caso o suporte normativo para a aplicação da multa fosse o art. 57 da Lei n.º 8.443/1992, o que não é o caso, pois não existe débito, mas apenas um dano não passível de quantificação.

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.5. Não aplicação de multa – jurisprudência dominante no TCU

Ac. n.º 2788/2010-Plenário - Exclusão da multa em sede de Pedido de Reexame.

Trecho do voto:

"A jurisprudência do Tribunal é pacífica no sentido de que a multa, prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, não é aplicável a empresas que fraudam certame licitatório. O art. 46 da LO/TCU impõe somente a declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, a não ser, evidentemente, que o licitante fraudador seja arrolado, nos termos do inciso I do art. 12 da referida lei, solidariamente a gestores públicos para responder por danos/prejuízos causados ao ente público, o que não ocorreu (Acórdãos 689/2003-2^aC, 459/2004-P, 58/2005-P, 683/2006-P, 873/2007-P, 934/2007-P, 1264/2007-P, 339/2008-P)."

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.6 Declaração de inidoneidade para participar de licitações públicas e a desnecessidade de prova inequívoca

Ac. 57/2003-Plenário (mantido recurso AC. 630/2006-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 n° 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 (...). 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.

(cont...)

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.6 Declaração de inidoneidade para participar de licitações públicas e a desnecessidade de prova inequívoca

Ac. 57/2003-Plenário (cont...)

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 n.º 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.

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.6 Declaração de inidoneidade para participar de licitações públicas e a desnecessidade de prova inequívoca

Ac. 57/2003-Plenário (cont...)

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.

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.6 Declaração de inidoneidade para participar de licitações públicas e a desnecessidade de prova inequívoca

Ac. 159/2012-Plenário

Conjunto robusto de indícios de irregularidades, como o direcionamento de convites a determinadas empresas, a coincidência de sócios proprietários de empresas participantes de certames sucessivos e o fracionamento indevido de despesa com fuga a modalidade licitatória adequada, consubstancia prova de fraude a procedimentos licitatórios e justifica a declaração de inidoneidade das empresas beneficiadas e a aplicação das sanções cabíveis aos gestores responsáveis.

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.7. Declaração de inidoneidade – ajuste em cartório

Ac. TCU 2008/2005-Plenário (modificado pelo Ac. 2520/2008)

9. Conforme já havia sido consignado neste mesmo Plenário, no âmbito do voto condutor do Acórdão 1801/2003 - Plenário - TCU, anulado por falha anterior no estabelecimento do contraditório, as empresas (...) firmaram um Termo Particular de Compromisso' (fls. 51/52 do vol. Principal), por meio do qual restou estabelecido, na cláusula 1, que 'Na hipótese de vir a ser adjudicado à A, na totalidade, o contrato para a execução da obra de construção da Rodovia BR-487/BR, LOTE 2 (dois), concernente ao Edital de Concorrência n° 0158/98-09, do DNER, Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, cujo valor contratual é aqui estimado em R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), fica, neste ato, convencionado entre as partes que a A deverá pagar à B o valor correspondente a 5% (cinco por cento) do montante supracitado, resultando na importância devida de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).'

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.7 Declaração de inidoneidade – ajuste em cartório (cont...)

10. O conhecimento do ajuste entre as empresas foi possível porque o Tribunal de Alcântara do Paraná levou ao conhecimento do extinto DNER a impetração de uma ação proposta pela empresa Triunfo contra a construtora B, objetivando obstar cobrança extra-judicial do valor acordado no referido 'Termo Particular de Compromisso.

11. Na mesma data em que foi firmado o transcrto compromisso, a empresa B desistiu formalmente da licitação em questão, ou seja, transcorridos sete dias após a entrega da documentação à comissão licitante, como se depreende da cronologia adiante descrita.

Acórdão: 9.2. declarar a inidoneidade das empresas xxx para participarem de licitações no âmbito da Administração Pública Federal pelo prazo de 05 (cinco) anos [...].

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.8. Inidoneidade na execução contratual

Ac. 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.

Outras decisões no mesmo sentido: Ac. 814/2007-Plenário; Ac. 1.287/2007-Plenário; Ac. 2.258/2008-Plenário

7. Responsabilidade da pessoa jurídica contratada pela Administração

7.9. JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EM DECISÃO DO TCU

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

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 [...] 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 ínsito 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) [...].**

8. Responsabilidade do Ordenador de Despesas

Legislação

Decreto-Lei nº 200/1967:

Art. 80. (...)

§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.”

Art. 74. (...)

§ 2º O pagamento de despesa, obedecidas as normas que regem a execução orçamentária (Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964), far-se-á mediante ordem bancária ou cheque nominativo, contabilizado pelo órgão competente e obrigatoriamente assinado pelo ordenador da despesa e pelo encarregado do setor financeiro.

8. Responsabilidade do Ordenador de Despesas

Decreto nº 93.872/1986:

Art. 39. Responderão pelos prejuízos que acarretarem à Fazenda Nacional, o ordenador de despesas e o agente responsável pelo recebimento e verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos (Decreto-lei n.º 200/67, art. 90).

Parágrafo único. O ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional, decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas.

8. Responsabilidade do Ordenador de Despesas

LC 101/2000 - LRF

Art. 16 A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

(...)

II - declaração do ordenador de despesas de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

8. Responsabilidade do Ordenador de Despesas

8.1 Necessidade do ordenador provar que não é responsável

Jurisprudência do STF

MS 20.335/DF (DJ 25/2/1983) – Relator: Min. Moreira Alves

Trecho da Ementa:

Em Direito Financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhes são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público.”

8. Responsabilidade do Ordenador de Despesas

8.1 Necessidade do ordenador provar que não é responsável

(Cont...) MS 20.335/DF

Trecho do Voto do Ministro-Relator:

Contrapõe-se, entretanto, às alegações oferecidas o fato de ser o ordenador de despesas, via de regra, o dirigente de uma Unidade Administrativa, conforme, aliás, ocorre no caso; e sendo assim ele está legalmente obrigado a exercer a fiscalização hierárquica sobre os órgãos inferiores da mesma administração, forma de controle essa que visa a ordenar, coordenar, orientar e, inclusive, corrigir as atividades de tais órgãos.

8. Responsabilidade do Ordenador de Despesas

8.1 Necessidade do ordenador provar que não é responsável

(Cont...) MS 20.335/DF

Trecho do Voto do Ministro-Relator:

Por outro lado, ainda que o Sr. (...) desconhecesse efetivamente a irregularidade ora em comento, nem por isso ele estaria isento de responsabilidade, dada a sua qualidade de Ordenador de Despesas e de dirigente da Unidade Administrativa, a quem a lei atribui o encargo de justificar o bom e regular emprego dos dinheiros públicos. Uma vez identificada irregularidade material ou formal na despesa (no caso, irregularidade material), remanesce a presunção de que a responsabilidade correspondente deve ser atribuída ao referido Ordenador, salvo se ele conseguir justificar, isto é, demonstrar convincentemente que a irregularidade foi praticada exclusivamente por subordinado que exorbitou das ordens recebidas.

8. Responsabilidade do Ordenador de Despesas

8.1 Necessidade do ordenador provar que não é responsável

(Cont...) MS 20.335/DF

Trecho do Voto do Ministro-Relator:

Vê-se, pois, que em tema de direito financeiro, mais particularmente, em tema de controle da aplicação dos dinheiros públicos, a responsabilidade do ordenador de despesas pelas irregularidades se presume, até prova em contrário, por ele subministrada.

8. Responsabilidade do Ordenador de Despesas

8.2. Hipótese de exclusão de responsabilidade – fato de terceiro

Jurisprudência do TCU: Ac. 381/2002-Plenário; Ac. 810/2006-Plenário e Ac. 918/2005-2ª Câmara

Ac. 695/2003-1ª Câmara

Trecho do voto:

5. O Sr. (...), Superintendente do Incra, conseguiu afastar sua responsabilidade por esse débito, haja vista que os relatórios da fiscalização, única informação em que poderia se apoiar para tomada de decisões, indicaram a execução integral do objeto convencionado.

8. Responsabilidade do Ordenador de Despesas

8.2. Hipótese de exclusão de responsabilidade – fato de terceiro

Ac. 3307/2007-2ª Câmara

4. Considero, ainda, que o prejuízo decorrente dessa insatisfatória execução merece ser imputado exclusivamente aos agentes acima mencionados [fiscal e construtora], que foram citados por este Tribunal. Entendo que, pela natureza das ocorrências acima descritas, não se pode concluir pela necessidade de extensão de responsabilidade aos ordenadores de despesa que implementaram pagamentos pelos serviços viciados. Exatamente porque os respectivos pagamentos foram consumados sob o amparo da declaração técnica de que os serviços haviam sido satisfatoriamente executados.

5. Não se poderia, por isso, assumir terem agido esses gestores com culpa. (Irregularidade: fragilidade das unidades sanitárias que denotavam aparente solidez)

8. Responsabilidade do Ordenador de Despesas

8.2. Hipótese de exclusão de responsabilidade – fato de terceiro

TCU Dec. 78/1995

3. [...] Em nosso entendimento não se pode pretender penalizar aquele que, no exercício de suas funções, autorizou pagamento por serviços aparentemente legítimos, posto que devidamente atestado. Imaginar que o servidor devesse conferir uma vez mais se os serviços realmente foram prestados parece-nos absurdo, [...]. É exatamente por isso que existe a figura do atesto, definindo as responsabilidades. Diferentemente seria se o pagamento houvesse sido a maior do que o valor pactuado ou não estivessem os serviços devidamente atestados [...].

→ Verificar ainda slides sobre delegação de competências