

ÓRGÃO: PREFEITURA DE SERRA TALHADA

TIPO: RECURSO

DATA DE JULGAMENTO: 14/01/2004

RELATOR : AUDITOR LUIZ ARCOVERDE FILHO, AUDITOR EM EXERCÍCIO

PUBLICADO: 11/05/2004

RELATÓRIO

O Pleno desta Casa, considerou ter havido superfaturamento no montante de R\$ 207.778,40, dos quais R\$ 50.497,80 são de recursos municipais, em obra de engenharia na execução de contrato, objeto de dispensa de licitação, o que levou à determinação, ao então Prefeito do Município denunciado, de restituição ao erário municipal da importância de R\$ 50.497,80.

O então Prefeito recorreu da decisão dando origem ao processo que ora trago a julgamento.

A nossa Procuradoria Geral, inicialmente, elaborou Parecer pelo desprovimento do recurso, tendo em vista que trazia as mesmas argumentações já discutidas e apreciadas nos autos do processo original (às fls. 17 e 18).

Após o Parecer da Procuradoria, a Empresa LG Construções Ltda., através de advogado constituído, solicitou habilitação nos autos e apresentou alegação de NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO (da instrução e da decisão), pelas seguintes razões, em síntese (às fls. 20 a 27):

- O Acórdão aponta superfaturamento e pagamento indevido em obra executada pela empresa. Porém, jamais foi intimada para acompanhar o processo, as vistorias e apresentar defesa, embora seja afetada pela Decisão e, definida pelo artigo 25, § 2º, da Lei nº 8666/93, como responsável solidária pelo alegado superfaturamento; ?
- A solidariedade induz ao litisconsórcio necessário;
- A Lei Estadual, que regula o processo administrativo (Lei nº 11781/00), dispõe que são legitimados como interessados no processo administrativo aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada (artigo 9º, inciso II);
- O Supremo Tribunal Federal julgando o Mandado de Segurança nº 23550-DF, em que era impetrado o Tribunal de Contas da União, decidiu que: “.. nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal...”;
- Da mesma forma que se aplica ao Tribunal de Contas da União a Lei Federal que

regula o Processo Administrativo na União, aplica-se ao Tribunal de Contas do Estado a *Lei Estadual que regula o processo administrativo estadual*;

- O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Mandado de Segurança nº 23550-DF, anulou decisão do Tribunal de Contas da União, pelo fato de ter anulado concorrência e o conseqüente contrato sem ter dado oportunidade de defesa à empresa vencedora e contratada, e, litisconsorte necessária;
- A jurisprudência nacional, especialmente no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, está pacificada de que a falta de chamamento de litisconsorte necessário ao processo acarreta NULIDADE ABSOLUTA DA DECISÃO;
- O Tribunal de Contas do Estado imprime, por força do artigo 71, § 3º, da Constituição Federal, eficácia de título executivo às suas decisões. Nulo o processo administrativo que o gerou, nulo é, também, o título executivo;
- A alegação de nulidade absoluta é tempestiva, por se tratar de nulidade absoluta e estar sendo alegada na primeira oportunidade que coube a parte falar nos autos, uma vez que *não houve intimação anterior (artigo 245 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente)*;
- Pede, ao final, a anulação do Acórdão e da instrução, reabrindo-a para assegurar o direito de defesa, inclusive novas vistorias nas obras, com prévia intimação e direito de indicar Assistente Técnico e formular quesitos.

A nossa Procuradoria Geral apresentou novo Parecer, opinando pela procedência das alegações da empresa, pela anulação, por conseqüência, do Acórdão e pela citação da empresa para querendo apresentar defesa (Parecer do Ministério Público Especial nº 308/03, às fls. 38 e 39, da lavra da Procuradora Maria Nilda da Silva).

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

O art. 25, § 2º, da Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações, dispõe:

"Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

...

§ 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".

Portanto, a responsabilidade solidária da empresa por dano causado ao erário decorrente de superfaturamento em casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação é estabelecida por lei.

A decisão do Tribunal de Contas, objeto do recurso, ao não incluir a empresa como responsável solidária pelo dano, contraria expressa determinação legal. A responsabilidade solidária na hipótese do art. 25, § 2º, é imposição legal e não cabe ao Tribunal excluí-la sob qualquer argumento.

A decisão do Tribunal de Contas de que resulta imputação de débito, conforme estabelece a Constituição Federal, possui eficácia de título executivo (art. 71, § 3º). Trata-se de um título executivo extrajudicial. Todavia, o título executivo há de ser líquido, certo e exigível (art. 586 do CPC), o que pressupõe a perfeita identificação do devedor. Não há como, portanto, o titular do crédito, no caso o Município, valer-se do título executivo gerado pela decisão do Tribunal de Contas para cobrar débito da empresa contratada e responsável solidária por força de lei, quando a decisão do Tribunal de Contas não a incluiu como responsável. Para cobrar da empresa contratada, haveria necessidade do Município provocar um processo de conhecimento para a geração de um título executivo judicial.

A decisão, portanto, é nula, por vício de legalidade, requisito essencial de validade de qualquer ato administrativo.

Pode causar espécie, à medida que este Tribunal de Contas nunca responsabilizou a empresa contratada por danos causados ao erário. Todavia, já não é sem tempo.

O Tribunal de Contas da União, com base em dispositivo de sua Lei Orgânica, há muito tempo responsabiliza solidariamente a empresa contratada por danos causado ao erário.

“Art. 16. As contas serão julgadas:

...

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

...

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

...

§ 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”

Verifica-se que o dispositivo da Lei Orgânica do TCU não se restringe à hipótese do art. 25, § 2º, da Lei de Licitações. É muito mais amplo.

Embora a nossa Lei Orgânica não preveja hipótese de responsabilidade solidária do terceiro, no caso a responsabilidade solidária decorre diretamente da Lei de Licitações.

Na responsabilidade solidária, o débito comum pode ser exigido de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente. Se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto (art. 275 do Novo Código Civil). Isso representa uma importância muito grande para a busca da efetividade das decisões dos Tribunais de Contas. A possibilidade de o dano ser ressarcido ao erário aumenta consideravelmente.

A empresa pede, além da nulidade da decisão, a nulidade da instrução processual, reabrindo-a para assegurar o direito de defesa, inclusive novas vistorias nas obras, com prévia intimação e direito de indicar assistente técnico e formular quesitos.

Neste ponto, quanto à nulidade de toda a instrução processual a partir das vistorias, discordo das alegações da empresa.

Acredito que os princípios do contraditório e da ampla defesa estarão assegurados com a abertura de prazo para apresentação de defesa ao Laudo produzido. A ausência de participação de representante da empresa nas vistorias realizadas pela Equipe de Auditoria do Núcleo de Engenharia não induz à nulidade.

A natureza do Laudo produzido pela equipe de engenheiros deste Tribunal é inquisitória. Pode-se perfeitamente traçar um paralelo com os trabalhos produzidos durante um inquérito policial. O Laudo de Engenharia, de natureza preparatória, investigatória, equivale ao inquérito policial na atividade judiciária. Da mesma forma, o Relatório de Auditoria, produzido pela Equipe de Auditores, após a análise de uma prestação de contas, também possui a mesma natureza. Até mesmo porque se pode chegar à conclusão de que não houve qualquer irregularidade. Entender que a presença de representante da empresa contratada nas vistorias das obras é obrigatória, sob pena de nulidade, equivale a dizer que haveria necessidade da indicação de um representante de cada um dos credores na fiscalização da Equipe de Auditoria contábil e financeira.

Todavia, nada impede que as empresas sejam comunicadas para, se quiserem, participar das vistorias. É medida que reputo de todo recomendável. Todavia, a sua ausência não acarreta nulidade. A medida pode evitar, inclusive, necessidades de novas vistorias. Pode acontecer que, após eventual defesa apresentada pelo terceiro contratado, nova vistoria se imponha. É justamente o que pode acontecer no caso em questão. A eventual defesa apresentada pela empresa contratada pode acarretar a necessidade de nova vistoria, o que poderia ter sido evitado, caso houvesse a comunicação prévia da realização da vistoria, facultando-se a participação do terceiro contratado. Entretanto, insisto mais uma vez: a ausência da participação da empresa nas vistorias não acarreta nulidade do Laudo.

À vista do exposto,

CONSIDERANDO que nos termos do art. 25, § 2º, da Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93), o fornecedor ou prestador de serviços é responsável solidário, juntamente com o agente público, pelo dano causado ao erário decorrente de superfaturamento em casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação;

CONSIDERANDO que o Acórdão TC nº 2047/02, embora tenha registrado a presença de superfaturamento em obra objeto de dispensa de licitação, imputou responsabilidade apenas ao agente público, excluindo a empresa contratada;

CONSIDERANDO que a exclusão da empresa contratada como responsável solidária pelo dano causado ao erário contraria expressa determinação legal, tornando nula a deliberação, por vício de legalidade, requisito essencial para validade de qualquer ato administrativo;

CONSIDERANDO que a empresa contratada, L.G. Construções Ltda., não participou de qualquer fase da instrução processual, impondo-se o seu chamamento ao processo;

CONSIDERANDO que a ausência de participação de representante da empresa na vistoria da obra realizada pelo Núcleo de Engenharia durante a instrução processual não induz à nulidade, haja vista a natureza inquisitória dos trabalhos de auditoria;

CONSIDERANDO que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa estarão resguardadas com a citação da empresa, concedendo-lhe oportunidade de defesa ao Laudo produzido pelo Núcleo de Engenharia,

Voto pela procedência da preliminar de nulidade da decisão argüida pela empresa L.G. Construções Ltda., responsável solidária por imposição legal pelo superfaturamento apontado (art. 25, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93), devendo ser reaberta a instrução processual com a citação da referida empresa para conceder-lhe oportunidade de defesa ao Laudo produzido pelo Núcleo de Engenharia.

Com a anulação da decisão, o recurso perde o objeto.