

ORIENTAÇÃO N.º 117/2022

TCU: GESTOR NÃO É RESPONSABILIZADO POR FRAUDE DOCUMENTAL DE LICITANTE

Orientação

Em recente decisão, o Tribunal de Contas da União – TCU, analisando caso concreto de convênio entre Município e União, que resultou na contratação de empresa de “fachada”, o Tribunal ponderou sua análise na razoabilidade dos atos do contratante.

Ao examinar os fatos, prevaleceu a posição de que ao tempo da contratação não havia indício perceptível de fraude e, ainda, que não era possível exigir, à época, que a Administração tivesse conhecimento das irregularidades, concentrando a responsabilidade pela fraude na contratada.

Ponto interessante do posicionamento firmado pelo TCU foi à interpretação de que: I- as exigências habilitatórias da licitação; e II - a análise posterior da Caixa Econômica Federal sobre o processo, não foram capazes de diagnosticar a fraude, sendo, portanto, situações que reforçam a dificuldade de, na época da contratação, exigir o conhecimento sobre essa realidade.

Refletindo sobre as condições ao tempo da contratação, o Tribunal protagonizou a seguinte tese:

ACÓRDÃO 3897/2022 - PRIMEIRA CÂMARA¹

Em princípio, portanto, apesar dos robustos achados, a contratada tinha existência jurídica e aparentava documentalmente ter existência.

Ademais, a documentação da licitação e dos pagamentos foi submetida à apreciação da Caixa (responsável pelo acompanhamento) sem que fosse apontada qualquer irregularidade. Se era exigível da gestora o conhecimento das irregularidades com a empresa, também o seria dos técnicos da Caixa que acompanharam as obras. Nos parece que, à época, a situação da empresa não era tão evidente quanto o é agora, após a revelação das irregularidades.

[...]

¹ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3897%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%253%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acessado no dia 15 de agosto de 2022.



Nesse contexto, todos esses elementos nos levam à conclusão de que não seria razoável exigir da ex-prefeita ter identificado as irregularidades da empresa que contratou, bem como não há indícios nos autos que apontem para a sua efetiva ciência dessas irregularidades.

[...]

Como bem salientado pelo Parquet, a comprovação de que a sociedade empresária contratada era uma "empresa de fachada", por si só, não é apta a justificar a responsabilização da ex-prefeita.

Faz-se necessário verificar se a recorrente tinha condições de perceber tais irregularidades, se ela de fato tinha conhecimento delas e, em suma, se era razoável exigir dela o pleno conhecimento acerca da alegada situação fraudulenta da contratada

[destacamos]

Interessante relacionar que esse posicionamento tem conexão material com o conceito trazido pela atual redação do art. 22, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. ([Regulamento](#))

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Apesar de a decisão ter sido prolatada em análise de caso concreto, a parcela decisória correspondente ao processo licitatório e o juízo de razoabilidade envolvendo a impossibilidade de percepção da fraude, podem contribuir com teses de defesas envolvendo casos semelhantes.

Conclusão

Portanto, a lição que se extrai do precedente é que para fins de responsabilização do gestor envolvendo casos de fraude documental em licitações, inclusive quando se tratar de recursos oriundos de convênio, é preciso que seja verificado, no caso concreto, se haviam indícios de irregularidade perceptíveis, caso contrário, a responsabilidade estará restrita aos participantes fraudulentos, preservando-se a boa-fé da administração e do gestor. Também é possível perceber que o uso de mecanismos legais de controle/segurança nas contratações [como as exigências habilitatórias] atenuaram eventuais responsabilizações, evidenciando



que o Contratante tomou cuidados no processo, não negligenciando ou favorecendo a ocorrência da ficção.

Com a modernização da autenticação documental e a ampliação da boa-fé dos particulares participantes de licitações, posicionamentos dessa esteira reforçam a responsabilidade própria por omissões e fraudes.

Adamantina/SP, 08 de setembro de 2022.

Leonardo Vieira de Souza

Consultor Responsável pela Elaboração

José Carlos Pacheco de Almeida

Diretor Jurídico Responsável pela Revisão e Aprovação

