

## A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE E OS TRIBUNAIS DE CONTAS



**Daniel de Carvalho Guimarães**

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.  
Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas.

A declaração de inidoneidade é uma espécie de sanção administrativa pela qual, tendo ocorrido uma das hipóteses de incidência previstas em lei, após procedimento administrativo de apuração em contraditório, a autoridade competente impõe a um agente privado, pessoa física ou jurídica, proibição para licitar e contratar com a administração pública durante determinado período.

Algumas leis brasileiras permitem que os tribunais de contas apliquem diretamente a sanção de declaração de inidoneidade, em hipótese restrita de comprovada fraude à licitação, como a Lei federal nº 8.443/1992,<sup>1</sup> que cuida do Tribunal de Contas da União (TCU), e a Lei complementar estadual nº 102/2008,<sup>2</sup> que regula o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG).

O objetivo deste breve texto é verificar, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do TCU, se tais previsões legais estariam em consonância com as competências constitucionais dos tribunais de contas.

A Lei federal nº 8.443/1992, a lei orgânica do TCU, estabeleceu em seu art. 46, 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.

Já a Lei Complementar estadual nº 102/2008, a lei orgânica do TCE/MG, tem previsão semelhante, porém com uma consequência mais abrangente, que é o impedimento de licitar e também de contratar com a administração pública estadual e municipal sob sua jurisdição.

A possibilidade de aplicação de sanções pelo Tribunal de Contas a pessoas jurídicas de direito privado é questão controvertida.

Primeiramente, destaca-se o art. 70, parágrafo único, da Constituição de 1988 (CR/88), segundo o qual prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

A Constituição de 1988, em seu art. 71, II e VIII, outorgou competência ao Tribunal de Contas da União para (i) julgar as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal; (ii) julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; e (iii) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de

1 Art. 46. 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.

2 Art. 93. Verificada a ocorrência de fraude comprovada na licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para licitar e contratar com o poder público estadual e municipal, por até cinco anos.

contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

O texto do art. 71, II, separa dois grupos de competências. Na primeira parte do inciso, a competência do TCU é para julgar as contas dos administradores e dos 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. Na segunda parte, a competência do TCU é para julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Inicialmente, as competências se diferenciam em relação ao aspecto subjetivo. A parte inicial faz expressa menção a administradores públicos e a responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Estariam sujeitas à apreciação do TCU as contas dos agentes públicos, independentemente da natureza do vínculo com a administração pública, e dos agentes privados que estiverem em situação jurídica especial de responsabilidade por dinheiros, bens e valores, como é o caso de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado que recebam, a qualquer título, recursos públicos para o cumprimento de uma determinada finalidade pública, como ocorre nos convênios, termos de parceria e outras modalidades de vínculos.

A parte final do inciso II se aplicaria àqueles agentes que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário. Aqui, a regra abrange as contas de agentes públicos ou privados, sem distinção.

Em seguida, verifica-se outra diferença, dessa feita em relação ao aspecto objetivo. A primeira parte não faz distinção quanto aos fatos a serem julgados pelo TCU, desde que envolva contas de administrador ou outro responsável por dinheiros, bens e valores públicos. Já a segunda parte do inciso restringe a competência ao julgamento de fatos que envolvam dano ao erário.

No contexto do problema proposto neste texto, indaga-se em qual das partes se incluiria o agente privado licitante ou contratante com a administração pública que praticasse alguma ilicitude. É necessário verificar se os vínculos jurídicos do licitante ou do contratado pela administração pública são situações jurídicas equivalentes àquela do administrador de dinheiros, bens e valor públicos.

No âmbito federal, o Tribunal de Contas da União já se manifestou, reconhecendo a possibilidade de sancionar pessoas jurídicas de direito privado, desde que tenham dado causa a dano ao erário derivado de ato ou contrato administrativo sujeitos ao controle externo:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM O OBJETIVO DE DIRIMIR DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS A RESPEITO DA COMPETÊNCIA DO TCU PARA JULGAR CONTAS DE TERCEIROS PARTICULARES QUE CAUSEM DANO AO ERÁRIO. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO SOBRE O ASSUNTO.

Compete ao TCU, de acordo com as disposições dos artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição de 1988 c/c os artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992 e o artigo 209, § 6º, do Regimento Interno, julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público, desde que as ações do particular contrárias ao interesse público derivem de ato ou contrato administrativo sujeitos ao Controle Externo.<sup>3</sup>

O TCU instaurou o incidente de uniformização de jurisprudência para definir se teria competência para julgar agente privado que tenha concorrido para a ocorrência de dano ao erário apurado em tomada de contas especial.

Extraí-se do acórdão que o requisito para a competência do TCU e, posteriormente, para eventual responsabilização é que o vínculo do agente privado decorra de (i) ato da administração regido pelo direito privado (ato de gestão), (ii) ato administrativo em sentido estrito ou (iii) contrato da administração, em regime de direito público ou privado, que se relacione à gestão da coisa pública.

3 Plenário - Acórdão nº 321/2019 -- Relatora Ministra Ana Arraes - Sessão 20 fev. 2019.



Nesse ponto, ressalte-se uma aparente contradição no entendimento uniformizado pelo Tribunal de Contas da União quando em confronto com o art. 46 da lei de 1992. Por essa compreensão, com fundamento nos arts. 70, parágrafo único (prestação de contas), e 71, II (julgamento de contas de responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos), reconhece-se a competência do TCU para julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causar dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público.

Já a norma do art. 46 da lei de 1992 estabelece que o TCU poderá impor ao licitante a sanção de inidoneidade desde que seja comprovada a sua atuação para fraudar a licitação. Quando tratou da declaração de inidoneidade, a corte de contas não se referiu a esse requisito destacado na uniformização de jurisprudência e decidiu por aplicá-la nos casos concretos sem aferir a existência ou não de dano ao erário. Em parte dos casos analisados, o contexto fático de ilicitudes era tal que o dano ao erário era consequência natural. Porém, em outros, a sanção foi aplicada sem restar comprovado o prejuízo ao erário.

Há realmente o conflito? Por esse julgado do TCU, entendemos que não existe o conflito, pois a uniformização de jurisprudência, apesar de pretender fixar uma tese jurídica sobre competência do TCU, foi instaurada a partir de caso concreto em que foi apurado dano ao erário, potencialmente originado de conduta de agente privado contratado pela administração pública.

Além disso, em outras oportunidades, o TCU aplicou a sanção de declaração de inidoneidade a agentes privados que não teriam gerado dano ao erário. Veremos algumas delas ao analisar a seguir a jurisprudência do STF, que se origina de casos do próprio TCU.

O STF também já enfrentou essa questão em algumas oportunidades, quando examinou a constitucionalidade do art. 46 e a possibilidade de processamento e julgamento de pessoas físicas e jurídicas de direito privado pelo TCU.

Primeiramente, em precedente de 2006, o Tribunal foi provocado a desconstituir decisão do TCU que impôs ao particular declaração de inidoneidade sob o fundamento de que a competência para tanto pertenceria ao Ministro dos Transportes, diante do art. 87, parágrafo 3º, da Lei federal nº 8.666/1993. O STF afastou o argumento reconhecendo que seria possível a atuação em paralelo do TCU e da administração pública federal no que se refere à declaração de inidoneidade, sendo assim constitucional a norma do art. 46, da Lei federal nº 8.443/1992. A ementa merece transcrição:

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 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), 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. Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis.

4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais.<sup>4</sup>

Posteriormente, o STF enfrentou questionamento sobre a possibilidade de pessoas físicas e jurídicas de direito privado figurarem no polo passivo de tomada de contas especial em tramitação no TCU, sob o argumento de que a competência prevista no art. 71 apenas alcançaria agentes públicos, e não particulares, ainda que com vínculo jurídico com a administração pública, como em processos de licitação e em contratos administrativos. A Primeira Turma, por maioria, vencido apenas o ministro Marco Aurélio, denegou a segurança e assentou que o que definiria a competência do TCU seria a origem pública e federal dos recursos públicos envolvidos, e não a natureza dos agentes que atuaram no contexto fático examinado.

Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Contas da União. Inclusão dos impetrantes em processo de tomada de contas especial. Responsabilidade solidária. Ressarcimento ao erário. Ilegalidade e abuso de poder não configurados. Denegação da segurança.

1. Ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de julgar as contas dos administradores e dos 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, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, da Constituição Federal).

2. Compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal).

3. Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal

4. Denegação da segurança.<sup>5</sup>

Por fim, o Supremo Tribunal Federal julgou o MS nº 30.788/MG, em que foi questionado acórdão do TCU que impôs a pessoa jurídica de direito privado a sanção de declaração de inidoneidade diante de condutas de uso de notas fiscais e atestados de capacitação técnica falsos perante autoridade pública que conduzia licitação. A principal tese do mandado de segurança em relação ao objeto desse texto foi a incompetência do TCU para impor declaração de inidoneidade diante da regra legal superveniente constante do art. 87, IV e §3º da Lei federal nº 8.666/1993, que atribuía essa competência exclusivamente ao ministro de Estado ou secretário estadual ou municipal.

O relator, ministro Marco Aurélio, compreendeu que o art. 46 da lei de 1992 havia transbordado os limites do art. 71 da CR/88, por permitir a imposição de sanção a particular não autorizada pela Constituição. Em suas palavras:

O artigo 46 da Lei nº 8.443/92, além de importar em aditamento ao rol de atribuições do Tribunal de Contas da União contido na Carta da República, atropelando a própria Administração Pública, no que prevista a competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal para declaração de inidoneidade, veio a aditar, até mesmo, o período de ocorrência de efeitos do fenômeno.<sup>6</sup>

4 Tribunal Pleno - Pet nº 3606 - Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Publicação: 27 out. 2006.

5 MS 24379 - Primeira Turma - Relator: Dias Toffoli - Publicação: 8 jun. 2015.

6 MS 30788 - Tribunal Pleno - Relator: Marco Aurélio - Redator do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO - Publicação: 4 ago. 2015.



Porém, prevaleceu o voto do ministro Roberto Barroso, que reconheceu a constitucionalidade do art. 46 da lei do TCU e denegou a ordem, como registrado na ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. SANÇÃO DE INIDONEIDADE.

1. Em processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas, é válida a comunicação por edital depois de tentativa frustrada de comunicação postal (Lei nº 8.443/1992, art. 23, III).
2. É constitucional o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU. Precedente: Pet 3.606 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.
3. Ordem denegada.<sup>7</sup>

Do voto vencedor, extrai-se o seguinte trecho que sintetiza a tese:

Assim, o art. 46 da Lei nº 8.443/1992 – que institui sanção de inidoneidade por “fraude comprovada à licitação” –, encontra fundamento de validade nas previsões constitucionais que autorizam a lei a prever penalidades aplicáveis pelo TCU a pessoas físicas e jurídicas que recebam recursos públicos, independentemente da sua natureza pública ou privada.<sup>8</sup>

Analisando o julgado do TCU que deu origem ao mandado de segurança (Acórdão nº 457/2011), verifica-se que a conduta do agente privado de apresentar documento falso para fins de habilitação técnica foi processada, julgada e sancionada sem a comprovação de ocorrência de dano ao erário.

Pelo cotejo dos julgados do TCU e do STF, verifica-se que há concordância em relação à possibilidade de processamento e julgamento pelo TCU de pessoas físicas e jurídicas de direito privado com imposição de responsabilidade quando concorrerem para a prática de ilícitudes. Parece haver coincidência também entre TCU e STF em relação à constitucionalidade do art. 46 da Lei federal nº 8.443/1992, que prevê a declaração de inidoneidade diretamente pela corte de contas.

Contudo, nenhuma das cortes firmou posição quanto à ocorrência do dano ao erário como pressuposto constitucional para a sanção de agentes privados. Pelo contrário, os julgados analisados até aqui estabelecem a possibilidade de imposição de declaração de inidoneidade independentemente de a conduta do agente privado ter produzido ou concorrido para a produção de dano ao erário.

Por esses entendimentos, até o momento, a situação jurídica do agente privado licitante poderia ser equiparada àquela do administrador de dinheiros, bens e valores públicos. Não houve no âmbito do STF nem do TCU o aprofundamento da discussão ao ponto de se pretender uma distinção entre as competências dos tribunais de contas em relação aos agentes, públicos ou privados, em que se estabeleceria a ocorrência de dano ao erário como um requisito adicional para que houvesse competência sobre agentes privados.

Em conclusão, de acordo com a jurisprudência atual do STF e do TCU, seria constitucional a sanção legal de declaração de inidoneidade prevista nas leis orgânicas dos tribunais de contas brasileiros e seria possível a sua imposição a agentes privados envolvidos em fraude comprovada em licitações, independentemente da ocorrência de dano ao erário derivado da conduta ilícita, como estabelecem os arts. 46 da Lei federal nº 8.443/1992 e 93 da Lei Complementar nº 102/2008 do estado de Minas Gerais.

7 MS 30788 - Tribunal Pleno - Relator: Marco Aurélio - Redator do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO - Publicação: 4 ago. 2015.

8 BRASIL. CR/88, arts. 70, § único, e 71, II e VIII). E seu âmbito de incidência não se confunde com o do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, que trata de hipótese de inidoneidade por inexecução contratual.