

Direito do gestor à defesa técnica*



**PROCURADOR
MARCÍLIO BARENCO
CORRÊA DE MELLO**

Excelentíssimo(a) Senhor(a) Relator(a),

1 RELATÓRIO FÁTICO

Retornam os presentes autos que versam sobre **denúncia** oferecida pela empresa Compare (Construções e Serviços Ltda.), a fls. 1-7, em face do Processo Administrativo Licitatório n. 227/2010 — Concorrência n. 003/2011 — instaurado pelo Município de Itaúna, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para a execução dos serviços de limpeza pública urbana.

No curso do presente feito, o município procedeu à anulação do certame (fls. 148), tendo sido, em consequência, publicado novo edital de licitação, com objeto semelhante (Processo Administrativo Licitatório n. 927/2012 — Concorrência n. 001/2012), o qual foi encaminhado a esta Corte para apreciação (fls. 151-236).

O novel edital de licitação foi examinado pela unidade técnica, tendo sido identificadas irregularidades (fls. 248-258, 290-299).

Este representante do Ministério Público Especial, em manifestação a fls. 308-313, opinou pelas seguintes medidas:

- a) Renovação da citação do ex-prefeito do município, Eugênio Pinto, para que apresentasse a defesa ou, caso assim não se entendesse, a citação por edital do mencionado gestor e, ainda, no caso de citado fictamente por edital, deixasse o responsável de comparecer ao feito, a nomeação de curador especial para o jurisdicionado em referência.
- b) Intimação do atual prefeito do município, Osmando Pereira da Silva, para que informasse a fase atual do certame.

Conforme despacho a fls. 314-315, o conselheiro relator determinou a citação por edital do ex-prefeito do município para que, no prazo de 15 dias, apresentasse defesa bem como intimação do atual prefeito do município, para que, no mesmo prazo, informasse a fase em que se encontrava o certame.

A fls. 321, consta certidão de não manifestação dos interessados.

Ato contínuo, o conselheiro relator exarou o despacho a fls. 323, determinando o encaminhamento dos autos a este Órgão Ministerial para emissão de parecer conclusivo, por entender que os processos em curso nesta Corte de Contas não exigem a nomeação de curador a interessado que, citado por edital, se faça revel.

Assim é o relatório fático no essencial, passando-se à fundamentação.

* Parecer emitido na Denúncia n. 859.153, de relatoria do conselheiro Wanderley Ávila. Cumpre informar que até o fechamento desta edição, não havia manifestação definitiva acerca da matéria.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Preliminar

Antes de adentrarmos no mérito, este Órgão Ministerial suscita preliminar de **nulidade absoluta** do presente feito, em razão de não ter sido nomeado curador especial para apresentação de defesa em nome do prefeito do Município de Itaúna, Eugênio Pinto, no exercício de 2012, ficando, assim, descumprido o disposto no inciso II do art. 9º do CPC e violados os princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

O art. 80 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e o art. 379 do Diploma Regimental determinam a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Civil no âmbito desta Corte especializada, na análise de contas dos jurisdicionados, *litteris*:

Art. 80. Aplicam-se à comunicação dos atos processuais, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil, no que couber.

Art. 379. Aplica-se, supletivamente, aos casos omissos o disposto na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e, no que couber, no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal e na Lei Estadual n. 14.184/2002.

Atrelados ao que fora previsto na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCEMG, tanto os princípios constitucionais quanto os ditames do CPC remetem-nos à **indispensável nomeação de curador especial** a gestor público revel que, citado fictamente por edital, deixar de comparecer aos autos, conforme preconiza o art. 9º, II, do CPC.

Senão vejamos, *in verbis*:

Art. 9º. O juiz dará curador especial:

[...]

II — ao réu preso, bem como **ao revel citado por edital** ou com hora certa. (grifo nosso)

In casu, o gestor responsável foi citado por edital publicado no *Diário Oficial de Contas* (fls. 319) e não compareceu (fls. 321). Apesar disso, não foi nomeado curador especial para apresentar defesa (fls. 323), em ofensa ao art. 9º, II, do CPC, sendo bastante tênue a “presunção” de que o interessado tenha tido efetivamente conhecimento do presente feito.

Desse modo, **o Ministério Público de Contas entende que o jurisdicionado retro nominado está indefeso**, pois não teve os seus direitos à ampla defesa e ao contraditório resguardados, desaguando o presente feito no arbítrio estatal.

A ampla defesa e a bilateralidade do processo são fundamentos lógicos do contraditório, ainda que os feitos processuais nas cortes de contas não possuam relação angular. Segundo Grinover (1996), é

inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos: a informação e a possibilidade de reação, não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa.¹

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Ainda que as cortes de contas ajam com imparcialidade na condução dos feitos de suas competências, é forçoso verificar se o julgamento de possível ilegalidade — com aplicação de sanção — não traz prejuízos de difícil reparação àqueles que não se defenderam. Há ínsita no julgamento motivação conclusiva de parcialidade sobre o mérito da causa. E não há que se falar que a oportunidade foi dada, mas não realizada pela inércia do jurisdicionado, pois o gestor se encontra em local incerto e não sabido pela Corte de Contas; tanto que a citação ficta nos remete à indispensável nomeação de curador especial para exercício pleno do direito à defesa.

Pela ausência de estrutura orgânica e logística desta Corte em designar defensor dativo, não se podem derrogar garantias individuais estampadas na Carta da República de 1988, em nome de uma suposta economia processual e supremacia dos poderes constituídos em detrimento do próprio Estado Democrático de Direito. Vemos, aqui, que direito adjetiva Estado Democrático, em flagrante teleologia que o cidadão-jurisdicionado deva ser preservado, e não mitigado em seus direitos e garantias fundamentais por eventuais impossibilidades materiais do Estado.

Bem verdade, tal postura nova desta Corte de Contas, se acolhida e implantada, desafia a *praxis* administrativa, inova pragmaticamente ao irromper com a penumbra do passado próximo. Portanto, exige rediscussão acurada da matéria sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda que a citação editalícia seja considerada válida por expressa previsão regimental (art. 166, § 1º, V, do RITCEMG), **a ausência da nomeação de curador especial prevista no art. 9º, II, do CPC, macula o presente feito de prejuízo irreparável — ausência do contraditório e da ampla defesa.**

A integração subsidiária da norma processual civil (art. 9º, II, do CPC) é totalmente cabível neste feito de contas, visto que a nomeação de curador especial é regra omissa na norma regimental desta Corte (*ex vi* art. 379 do RITCEMG).

Dessa forma, esta Corte de Contas deve progredir em seu entendimento, a fim de não se manter dissonante do núcleo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, com a preservação das chamadas cláusulas pétreas constantes do art. 60, § 4º, da CR/88.

Nesse aspecto, é preciso observar que a citação ficta proporciona situação de grave fragilidade defensiva para a parte interessada, motivo pelo qual ensejou a previsão legal contida no art. 9º, II, do CPC, figurando o curador especial como representante da parte ausente.

No caso em apreço, o gestor público citado fictamente necessita de uma decisão justa, proferida em um processo no qual lhe sejam assegurados os direitos à ampla defesa e ao contraditório, pois milita em seu favor a presunção de que não tomou conhecimento da presente denúncia.

O contraditório é princípio reitor do processo no âmbito das cortes de contas, exigindo que se dê às partes interessadas a oportunidade de deduzir as suas razões de fato e de direito bem como de oferecer suas provas, sendo vedadas as decisões baseadas em fundamentos que não tenham sido previamente considerados pelo agente público a ser responsabilizado.

Portanto, a importância da participação do curador especial em processo judicial ou administrativo decorre da necessidade de efetivar o contraditório nos feitos em que a parte tenha sido citada fictamente por edital e não comparecido aos autos, assegurando-se a produção de uma defesa efetiva e ampla.

Em outras palavras, o Estado assumiu a obrigação de tutelar a pessoa passível de ser surpreendida num processo, com possibilidade de ser prolatada decisão sem participação em contraditório, expressamente pela regra contida no art. 9º, II, do CPC.

Sobre o tema, Nelson Nery Júnior, em sua obra Código de Processo Civil Comentado, ilustra:

No processo civil, aquele que é citado por edital, ou por hora certa, e não comparece em juízo para proceder sua defesa, a lei qualifica como ausente e o nomeia *curador especial*, a quem caberá a defesa de seus interesses no processo. **A medida é destinada a evitar a quebra do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (CF 5º, LV), em virtude de não se ter certeza inequívoca de que as citações procedidas tenham atingido o seu objetivo**, qual seja, o de fazer o ausente conhecedor da demanda que lhe move o autor (CPC 219). (grifo nosso)²

E acrescenta o mesmo autor “Quando o réu for desconhecido, ou estando este em lugar inacessível, incerto ou não sabido, far-se-á a citação por edital (art. 231). **Citado por editais e deixando de contestar o feito, é obrigatória a nomeação de curador especial para defender o réu no processo**”. (grifo nosso)³

No mesmo sentido, a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves esclarece, *in litteris*:

Tratando-se de *citação ficta*, e não havendo apresentação de defesa do réu, a ele será designado um curador especial, que poderá apresentar contestação por negativa geral. **Não existe revelia nesse caso, porque, mesmo vencido o prazo originário para a apresentação de defesa, outro será reaberto ao curador especial que, desempenhando um *munus público*, irá necessariamente apresentar defesa**. Por isso minha resistência à prática comum nos julgamentos em chamar o réu citado fictamente que não apresenta sua defesa por advogado constituído de réu revel. **Ora, se o curador especial é obrigado a apresentar contestação em seu favor, como chamá-lo de réu revel?**

[...]

O cabimento da curadoria especial é tratado pelo art. 72 do PLNCPC, havendo interessante novidade no parágrafo único, ao prever que a função de curador especial será exercida pela Defensoria Pública, salvo se não houver defensor público na comarca ou subseção judiciária, hipótese em que o juiz nomeará advogado para desempenhar aquela função. (grifo nosso)⁴

Assim também entende o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *in verbis*:

Nos termos do artigo 9º, inciso II, do CPC, **o juiz dará curador especial ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa. Na presente hipótese, isso não ocorreu, padecendo o feito de nulidade insanável**. Por unanimidade, anular o processo a partir da citação com hora certa. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. 5ª Turma Cível. Apelação n. 19980110296649. Relator: des. Asdrubal Nascimento Lima. *DJU*, Brasília, 30 ago. 2000, p. 33). (grifo nosso)⁵

Trazemos ainda à colação vasta jurisprudência, quanto à exigência de citação válida e consequente nomeação de curador especial ao revel citado por edital que não comparecer aos autos, sob pena de nulidade, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. NULIDADE. SÚMULA 196 DO STJ. Citado o executado por edital, impõe-se a nomeação de curador especial, segundo o disposto no art. 9º, II, do CPC, e Súmula n. 196 do STJ. Nulidade de todos os atos processuais posteriores à citação por edital. Sentença desconstituída. Apelo prejudicado. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70039838354. Relator: des. Marco Aurélio Heinz. Julgado em: 15 dez. 2010, DJ, 20 fev. 2011).

² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 237.

³ *Ibid.*, p. 238.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 335-336.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 15.

AÇÃO MONITÓRIA — CITAÇÃO POR EDITAL — REVELIA — NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL — ARTIGO 9º, INCISO II, DO CPC — SENTENÇA ANULADA — RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM — RECURSO DE APELAÇÃO DA CEF PREJUDICADO. 1. Não obstante o cabimento da citação editalícia no procedimento monitorio (Súmula 282 do STJ), a revelia dos réus implica na nomeação de curador especial, nos termos do artigo 9º, inciso II, do Código de Processo Civil, em respeito ao princípio do contraditório. 2. Considerando que não foi observada a regra da qual emana um dos pressupostos de validade da relação processual, impõe-se declarar a nulidade da r. sentença e dos demais atos processuais subsequentes, com fulcro no artigo 248 do Código de Processo Civil. 3. Sentença anulada de ofício. Retorno dos autos à Vara de Origem, para que seja nomeado curador especial aos réus, na forma do artigo 9º, incisos II, do Código Processo, oportunizando sua defesa. Prejudicado o recurso de apelação da CEF. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 5ª Turma. Apelação Cível n. 1168381/SP (2004.61.13.003116-7). Relator: juiz Ramza Tartuce. Julgado em: 2 jun. 2008. DJF3, 23 set. 2008)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. ARGUIDA NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CITAÇÃO FRUSTRADA NO ÚNICO ENDEREÇO DA REQUERIDA CONSTANTE NOS AUTOS DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CURADOR ESPECIAL QUE OFERECIU DEFESA TÉCNICA. Não há nulidade da citação por edital quando a sua realização pela via postal não obteve êxito, em razão de ser desconhecida a requerida no único endereço constante dos autos. Ainda assim, não se anula o ato citatório se a defesa da recorrente foi resguardada pela nomeação de curador especial, que contestou a ação. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara de direito comercial. Apelação Cível n. 2000.000058-2. Relator: des. subst. Jânio Machado. Julgado em: 29 mar. 2007)

PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POR EDITAL. NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. ART. 9º, II, CPC. FORMALIDADE NÃO CUMPRIDA. NULIDADE DECRETADA DE OFÍCIO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APELO E RECURSO ADESIVO PREJUDICADOS. A teor do disposto no art. 9º, II, do CPC, ao réu revel, citado por edital, é de ser nomeado curador especial, a fim de se garantir o contraditório e a ampla defesa, cuja ausência implica em nulidade absoluta, que se declara. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara de Direito Comercial. Apelação Cível n. 2006.035224-4. Relator: Domingos Paludo. Publicado em: 10 nov. 2010)

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. RITO DO 732 DO CPC. EXTINÇÃO POR DESINTERESSE. EXECUTADO PRESO. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. EXEGESE DO ART. 9º, II, DO CPC. NULIDADE ABSOLUTA. RECONHECIMENTO EX OFFICIO. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PREJUDICADO. “Configura-se manifesto cerceamento de defesa a ausência de nomeação de curador à lide ao réu preso, cuja providência se faz imperiosa por força do artigo 9º, II, do Código de Processo Civil, implicando a nulidade absoluta do feito a contar da citação. (TJSC, Apelação Cível n. 2006.006645-3, de Tubarão. Relª Desª SALETE SILVA SOMMARIVA. Primeira Câmara de Direito Comercial, julgada em 27.07.2006). (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara de Direito Civil. Apelação Cível n. 2010.025403-7. Relator: des. Henry Petry Júnior. DJ, 16. dez. 2010)

Verifica-se, assim, caso se mantenha a lide nos termos atuais, a ausência de pressuposto processual objetivo intrínseco de validade do presente feito, relacionado à necessidade de nomeação de curador especial ao adequado desenrolar dos atos processuais.

Conforme disposição do art. 267, IV, do CPC, é imperiosa a extinção do processo quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular, *in verbis*:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

IV — quando se verificar a ausência de pressupostos de **constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo**;

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento. (grifo nosso)

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, *in litteris*:

APELAÇÃO — PROCEDIMENTO ESPECIAL DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS — CITAÇÃO EDITAL E COM HORA CERTA DE LITISCONSORTE — REVELIA — AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL — NULIDADE PROCESSUAL — RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se no processo de restauração de autos extraviados a citação de alguns dos réus operou-se por edital e com hora certa, respectivamente, **sem que lhes fosse nomeado curador especial, são nulos os atos processuais subsequentes, por falta de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo**, cumprindo ao Juiz verificar até mesmo de ofício esse defeito, conforme preconizado no art. 267, § 3º, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 134.932-4, oriundos da Comarca de Sengés, em que é apelante SELA — SENGÉS LAMINADORA DE MADEIRAS LTDA, sendo apelado BANCO DO BRASIL S/A.

[...]

Voto

[...]

Em que pesem os argumentos excelentemente expendidos pelo ilustre advogado da apelante, não vislumbro a ocorrência de nulidade da citação do seu representante legal, [...], realizada com hora certa pelo Oficial de Justiça.

Embora se argumente que referida pessoa, à época, administrava a fazenda da família, situada entre os Municípios de Castro e Pirai do Sul, a verdade é que nenhuma prova foi produzida nesse sentido para ilidir a fé pública da certidão do meirinho encarregado da diligência, tendo sido observada a forma legal para essa citação, inclusive com o envio de carta registrada para o seu endereço residencial declinado nos autos. Por isso, afasta-se esse fundamento do recurso.

Sobre a argüição de nulidade da citação edital do litisconsorte [...], que estaria à época trabalhando em Florianópolis, como um dos diretores da ELETROSUL, penso que tal questão deva ser apreciada nos autos conexos, de Apelação nº 138.850-3 relativa aos Embargos à Arrematação oferecidos pelo próprio interveniente garantidor [...] e outros litisconsortes, ao qual se confere legitimidade para questionar eventual defeito de sua citação.

De igual modo, não havia como se exigir a intimação dos advogados da ora apelante para os termos do procedimento de restauração dos autos da execução, extraviados por ocasião do julgamento da Apelação interposta nos autos de embargos do devedor, porque não havia advogado constituído nesses autos restaurados, devendo ser considerado como procedimento autônomo em face dos referidos embargos do devedor.

Todavia, relativamente a apontada nulidade processual por ausência de nomeação de curador especial ao citado com hora certa, assim como já foi entendido no julgamento do Agravo de Instrumento n. 121.584-3, entre as mesmas partes, penso que deve prosperar esta apelação.

E, para tanto, socorro-me dos mesmos fundamentos lá expendidos em meu voto, os quais, *mutatis mutandis*, também servem para o julgamento desta apelação, *verbis*:

“Entretanto, deve-se considerar que nesse procedimento de restauração dos autos da execução, extraviados neste Tribunal depois do julgamento da apelação da sentença proferida nos embargos dos devedores, **dois dos requeridos foram citados, respectivamente, por via edital e com hora certa, tornando-se revéis e sem que lhes fosse nomeado curador especial. Sem adentrar no exame das outras nulidades processuais argüidas na apelação e reiteradas neste agravo, penso que essa omissão do juízo, deixando de nomear curador especial aos réus revéis citados por edital e com hora certa, é suficiente para afastar o trânsito em julgado da referida sentença em relação a esses requeridos.**

Com efeito, a norma do art. 9º é imperativa quando diz que ‘O juiz dará curador especial: I — *omissis*; II — ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.’

Por isso, a jurisprudência é uníssona em declarar a nulidade do processo em que ao revel, citado por edital ou com hora certa, não lhe foi nomeado curador especial que, necessariamente, terá que oferecer contestação.

Sobre o tema, assim se pronunciou o nosso em. Prof. E. D. Moniz de Aragão: ‘É fora de dúvida que ao citado por edital, ou com hora certa, será nomeado curador especial, a quem cumpre apresentar a contestação, afastada a revelia e impossibilitada a presunção dela decorrente.’ (in Comentários ao Código de Processo civil, Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 243)

Dos inúmeros arestos colacionados deste Tribunal, apenas para ilustrar, cito o seguinte:

‘APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE — ARRENDAMENTO MERCANTIL — REVEL CITADO POR EDITAL — FALTA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL — NULIDADE PROCESSUAL. RECURSO PROVIDO. **A falta de nomeação de curador especial, ao réu citado por edital, acarreta a nulidade do processo, em face à ausência de pressuposto processual do seu desenvolvimento válido e regular.**’ (Ac. n. 7000, 8ª C. Cív.- rel. Juiz Manassés de Albuquerque — DJE de 13/03/98).

Aliás, em caso muito semelhante ao presente, o egrégio Superior Tribunal de Justiça também considerou tempestiva a apelação, que não havia sido recebida pelo juiz e pelo tribunal estadual, considerando que sem a citação válida do litisconsorte não havia iniciado o prazo para o respectivo recurso, cuja ementa está assim redigida:

‘PROCESSUAL CIVIL — AÇÃO DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS — PROCESSO DE EXECUÇÃO — CITAÇÃO DE CO-RÉU INEXISTENTE.

I — Hipótese em que, não se realizando a citação do co-réu, cumpria ao Juiz verificar, até mesmo de ofício, a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, conforme preconizado no art. 267, § 3º, do CPC.

II — Consoante a melhor doutrina, a citação é ato fundamental do processo, porque de outro modo não se configuraria este como *actum trium personarum*, desapareceriam o contraditório e o direito de defesa, e inexistiria o devido processo legal.

III — Recurso conhecido e provido. (REsp. n. 14.201-0 — CE, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. de 30/6/92 — in RSTJ, 47/172).

No seu voto, o eminente relator ainda menciona a segunda parte da lição do festejado Prof. Frederico Marques sobre a importância do ato citatório, *verbis*: “Tão importante e essencial é a citação, que sua falta ou nulidade não convalesce nem com a coisa julgada e pode invalidar, por isso, o título executivo constituído por sentença condenatória.” (Manual do Direito Processual civil, Saraiva, 1974, vol. I, pág. 335).

Portanto, se no processo de restauração de autos extraviados a citação de alguns dos réus operou-se por edital e com hora certa, respectivamente, sem que lhes fosse nomeado curador especial, a sentença ali proferida não transita em julgado enquanto eles não forem regularmente intimados. Daí porque a apelação interposta pela ré revel deverá ser considerada tempestiva,

ainda que fora do prazo legal contado da publicação no Diário da Justiça.” (cfr. fls. 300 a 305 desta apelação).

Desse modo e pelos mesmos fundamentos, **é de se declarar a nulidade do processo** a partir da sentença de fls. 132-135, inclusive, alcançando, por via de consequência, todos os atos processuais subseqüentes (avaliação e arrematação dos bens penhorados), **por falta de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, o que cumpria ao Juiz verificar até mesmo de ofício, conforme preconizado pelo art. 267, § 3º, do Estatuto Processual Civil.**

Dou, pois, provimento parcial a esta apelação para anular o processo de restauração dos autos de execução, a partir da r. sentença de f. 132/5. (3ª Câmara Cível do TAPR. Apelação Cível 134932-4, j. em 17/8/1999, rel. Juiz Domingos Ramina). (grifo nosso)

Na mesma linha de entendimento, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *in litteris*:

PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POR EDITAL. FALTA NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. REVELIA. NULIDADE DO PROCESSO.

1 — Embora a defesa não constitua dever do réu, mas mera faculdade, também não se pode olvidar que entre as garantias comuns inerentes ao devido processo legal se incluem o contraditório e a ampla defesa, que somente poderão ser alcançados dando-se oportunidade ao réu, mesmo revel citado por edital, à elaboração de defesa por meio de Curador Especial tal como assim previsto no art. 9º, II, do CPC.

2 — Não havendo a intervenção do Curador Especial, segue-se que o defeito do processo é de tal grandeza que impõe o reconhecimento de sua nulidade *ex officio*.

3 — Acolhida a preliminar levantada de ofício. Processo anulado a partir da citação editalícia.

[...]

VOTOS

O Senhor Desembargador CARLOS RODRIGUES — Relator

[...]

1ª Preliminar: reconhecimento, *ex officio*, de nulidade processual. Muito embora a defesa não constitua obrigatoriedade do réu, mas mera faculdade, é de se deferir à oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Todavia, no caso versado nos presentes autos, verificou-se que a ré Marka Empreendimentos e Participações Ltda, antigo Banco Marka S/A, foi citada por edital conforme comprovante de fl. 212, mas não apresentou contestação, tal como restou certificado à fl. 554/vº.

Ora, nos termos do art. 9º, II, a nomeação de Curador Especial constituía-se em dever indeclinável capaz de assegurar a regular tramitação do processo, com a prevalência do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Porém, do que se vê da certidão de fl. 1.718, não se deu a nomeação exigida pela lei processual, circunstância que traduz hipótese de incontornável violação das garantias processuais, cuja gravidade extrema impõe a retrocesso da marcha processual à fase do respectivo ato sonogado.

É certo que a preterição da forma não invalida o processo, exceto se o fim colimado não for alcançado. Contudo, no caso presente é evidente o prejuízo à defesa da parte ré, que, citada por edital, não teve oportunidade de formular defesa formal, ainda que por meio do Curador Especial.

Não fosse o interesse jurídico do autor, em conservar no pólo passivo a referida empresa citada por edital, tal como expressamente manifestou às fls. 1.723/4, ainda se poderia pensar no aproveitamento dos atos processuais em razão dos réus remanescentes.

Logo, não resta outra alternativa senão decretar a anulação do processo, desde o ato processual sonogado, com o retorno dos autos à instância de origem, a quem cumprirá então atender ao imperativo determinado pelo art. 9º, II, do CPC.

Com essas razões, *ex officio*, decreto a anulação do processo, por inobservância à formalidade referida, para que assim os autos retornem ao d. Juízo de origem, a fim de que se cumpram as garantias inerentes ao devido processo legal, de sorte a permitir a formulação de resposta à parte ré citada por edital.

É como voto.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA — Revisor

[...]

PRELIMINAR

NULIDADE PARCIAL DO PROCESSO

Preliminarmente, observo a presença de nulidade processual em face da ausência de nomeação de curador especial à primeira ré, Marka SA Empreendimentos e Participações (ex Banco Marka), conforme certidão de fls. 1718 (CPC 9º, II).

Note-se que, embora citada por edital (fl. 212) a primeira ré, Marka SA Empreendimentos e Participações (ex Banco Marka), não apresentou contestação (fl. 554 verso) tornando-se, portanto, revel.

Às fls. 1723/1724, consta manifestação do autor/apelante, Antônio José Teixeira Leite, na qual reafirma o seu interesse na presença da Marka SA Empreendimentos e Participações (ex Banco Marka) no pólo passivo da presente ação indenizatória.

Assim, vislumbro a possibilidade de prejuízo à primeira ré, Marka SA Empreendimentos e Participações, ex Banco Marka, o qual, à época dos fatos, administrava o fundo de investimentos em questão, e que pode vir a ser responsabilizado pela análise do mérito, conforme previsão contratual (fls. 1003/1006).

Em respeito ao princípio do contraditório, impõe-se a nomeação de curador especial para a defesa da primeira ré, Marka SA Empreendimentos e Participações, ex Banco Marka.

Isso posto, decreto, de ofício, a nulidade do processo a partir do momento em que se verificou a revelia da primeira ré, Marka SA Empreendimentos e Participações (ex Banco Marka), e determino o retorno dos autos à origem, a fim de que lhe seja nomeado curador especial.

É como voto.

O Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA — Vogal

Com o Relator.

DECISÃO

PROCLAMADA DE OFÍCIO A NULIDADE DA SENTENÇA E DO PROCESSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Cível. Apelação Cível 20030110872192. Julgado em: 13 fev. 2008. Relator: des. Carlos Rodrigues). (grifo nosso)

Portanto, consubstanciado nos argumentos antepostos, este *Parquet* de Contas verifica e reitera a **nulidade absoluta** do presente feito, em razão de não ter sido nomeado curador especial ao ex-prefeito do Município de Itaúna, Eugênio Pinto, que, citado mediante edital, deixou de comparecer aos autos, frustrando, assim, o contraditório e a ampla defesa e, por consequência, o devido processo legal (art. 5º, LIV-LV, da CR/88).

Caso seja ultrapassada a mencionada questão preliminar, passa-se ao exame do mérito.

2.2 Mérito

Trata-se do exame de legalidade do Processo Licitatório n. 927/2012 (Concorrência n. 001/2012), instaurado pela Prefeitura Municipal de Itaúna, em substituição ao **Processo Licitatório n. 227/2010 (Concorrência n. 003/2011)**, ora submetido ao crivo do Ministério Público de Contas por força de denúncia formulada perante esta Corte.

No caso vertente, a Concorrência Pública n. 003/2011 foi anulada pelo Município de Itaúna, em razão da existência de irregularidades identificadas por esta Corte de Contas, conforme documentos acostados a fls. 134-135 e 148-150 dos presentes autos.

Foi também verificado que o município procedeu à abertura de novo procedimento licitatório (Concorrência n. 001/2012), contendo o mesmo objeto, conforme edital a fls. 151-231 e comprovantes de publicação a fls. 232-235.

Nesse contexto, Afonso Custódio Nascimento, ex-secretário municipal de administração de Itaúna e subscritor do novo edital, foi citado, conforme certidão de juntada de aviso de recebimento (AR), a fls. 276, tendo apresentado defesa, a fls. 277-284.

No entanto, o ex-prefeito do Município de Itaúna, Eugênio Pinto, não apresentou defesa, embora tenha sido citado por edital publicado no sítio eletrônico desta Corte de Contas, conforme certidões a fls. 319 e 321.

Desse modo, caso permaneça a falta de nomeação de curador especial ao ex-prefeito do município, Eugênio Pinto (fls. 323), impõe-se a decretação de revelia em relação ao mencionado jurisdicionado, na forma prevista no art. 152, parágrafo único, e no art. 166, § 7º, ambos do RITCEMG, *in verbis*:

Art. 152. [...]

Parágrafo único. Não havendo manifestação, no prazo fixado, o responsável será considerado revel, seguindo o processo a tramitação prevista no art. 153 deste Regimento.

Art. 166. [...]

§ 7º O responsável ou interessado que não atender à citação determinada pelo Relator ou pelo Tribunal será considerado revel para todos os efeitos previstos na legislação processual civil.

De mesmo modo, a regra estampada no art. 79 da Lei Complementar Estadual n. 102/2008: “Art. 79. O responsável que não atender à citação determinada pelo Relator ou pelo Tribunal será considerado revel, para todos os efeitos previstos na legislação processual civil”.

Dessa forma, tomando como supedâneo o estudo realizado pela unidade técnica, a fls. 290-299, verifica-se a existência de irregularidades no processamento da Concorrência Pública n. 001/2012, que representaram o descumprimento de normas de natureza financeira e orçamentária bem como de comandos insculpidos na Lei Federal n. 8.666/93.

Com efeito, foi apurada a **insuficiência da dotação orçamentária para execução do objeto licitado**, em razão da divergência entre o valor estimado no item 03 do edital, no montante de R\$7.065.046,91, e a descrição de custos do Anexo XIII (Planilha de Preços), equivalente a R\$8.116.424,16 no período de 12 meses.

Sobre a questão, sabe-se que o contrato se suporta pela indicação da dotação orçamentária que assegura ao contratado a existência de previsão financeira suficiente para a totalidade da execução contratual, que ano a ano terá o devido crédito consignado a partir da lei do orçamento a que se referir.

De acordo com o art. 7º, § 2º, III, e art. 57, *caput*, ambos da Lei Federal n. 8.666/93, *in verbis*:

Art. 7º [...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

[...]

III — **houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma.** (grifo nosso)

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 poderão 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;

V — às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração. [...]

(grifo nosso)

Prosseguindo, verifica-se a existência de circunstância configuradora de indício de restrição à ampla participação no certame, em razão da **exigência de visita técnica realizada por profissional da área de engenharia em dia e hora programados**, nos termos do item 6.2 do edital, que tem o seguinte teor:

6 — DA VISITA TÉCNICA:

[...]

6.2 — A visita técnica será realizada no **dia 17/09/2012, às 13:10 horas**, saindo do Departamento de Material e Patrimônio, localizado na Praça Dr. Augusto Gonçalves, 538 — Centro de Itaúna, **devendo a empresa interessada credenciar um responsável técnico da área de engenharia** para a visita junto à Comissão de Licitação; [...]

(grifo nosso)

A mencionada exigência afrontou o art. 3º, § 1º, I, da Lei Federal n. 8.666/93, que alberga o princípio da competitividade, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I — **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante

para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (grifo nosso)

Observa este Órgão Ministerial que os princípios da legalidade e da isonomia constituem alicerces do procedimento licitatório para possibilitar não apenas que se faça a escolha da melhor proposta, como também que se resguarde a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar com a Administração, sendo possível a existência de empresas interessadas que não participaram do certame justamente pela impossibilidade de efetuarem a visita técnica no dia e horário programados ou enviarem um responsável técnico para fazê-la.

Verifica-se, ainda, a previsão constante do item 22.4 do edital, referente à **inclusão de serviços não previstos na planilha de orçamento**.

Eis o teor da mencionada cláusula editalícia:

22 — DOS PREÇOS:

[...]

22.4 — **As atividades eventualmente não previstas na planilha de orçamento, julgadas indispensáveis para a perfeita execução dos serviços contratados, poderão ser objeto de justificativa técnica da fiscalização da Prefeitura Municipal de Itaúna, submetidas à aprovação da autoridade competente (Secretaria Municipal de Urbanismo e Meio Ambiente).** Se aprovadas, apenas poderão ser executadas após terem seus preços unitários justificados e compostos pela contratada e aceitos pela Secretaria Municipal de Administração, **e se dará através de Termo Aditivo;** [...] (grifo nosso)

Como bem observou a unidade técnica (fls. 295), a possibilidade de inclusão de atividades não previstas na planilha de orçamento deixou em aberto o objeto da licitação, não tendo sido explicitados quais seriam os serviços a serem eventualmente acrescidos.

A norma do art. 38, *caput*, da Lei Federal n. 8.666/93, aponta a necessidade de indicação sucinta do objeto da licitação, *in verbis*:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, **a indicação sucinta de seu objeto** e do recurso próprio para a despesa, ao qual serão juntados oportunamente: [...] (grifo nosso)

Também foi constatada irregularidade referente à exigência de prestação de garantia da proposta antes de iniciada a fase de habilitação (item 8.4, c, do edital).

Sobre tal apontamento, o Tribunal de Contas da União já proferiu decisão pela irregularidade de exigência constante de edital de licitação, sem previsão legal, de condição de habilitação anterior à data de abertura dos envelopes, como se verifica no trecho do acórdão transcrito a seguir:

[...] 21. Também, em relação à fixação de prazo para apresentação da garantia, acompanho as conclusões da SECEX/PB. Como já visto acima, a Lei n. 8.666/93 permite, em determinadas situações, que a qualificação econômico-financeira possa ser demonstrada mediante prestação de garantia (art. 31, III e § 2º). **Todavia, não faz nenhuma exigência de que esta garantia seja entregue antes da abertura dos envelopes referentes à habilitação das licitantes.**

22. O dispositivo legal que permite a exigência de garantia não disciplina prazo para sua entrega. Trata de norma que está inserida em Seção, que versa a respeito dos documentos que podem ser requisitados aos interessados para que se considerem habilitados. Limitou-se, por conseguinte, a reger que tipo de documentação deve ser apresentada.

23. O momento adequado para a apresentação dos elementos exigidos para fins de habilitação está regulamentado na Seção que trata do procedimento do certame. Nesse ponto, o art. 43 estabelece como será processada a licitação. Nos termos do inciso I, a abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos interessados e sua apreciação é o momento adequado para verificar se os licitantes preencheram os requisitos previstos no Edital para participar do certame.

24. Interpretação sistemática da Lei n. 8.666/93 permite concluir que, nas hipóteses em que é admissível a exigência de garantia como forma de assegurar a qualificação econômico-financeira dos licitantes, a prestação desta deve ocorrer em conjunto com os demais documentos referentes à habilitação, para ser apreciada em conjunto, no momento da abertura dos respectivos envelopes. Não há autorização legal para que se exija que esta garantia seja apresentada antes desta etapa.

[...]

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Representação, formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, acerca de eventuais irregularidades na Concorrência 05/2002, da Secretaria de Estado da Educação e Cultura.

Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.2. determinar à Secretaria de Estado da Educação e Cultura da Paraíba que nas próximas licitações que venha a realizar, envolvendo recursos públicos federais:

[...]

9.2.4. abstenha-se de estabelecer:

9.2.4.1. para efeito de habilitação dos interessados, exigências que excedam os limites fixados nos arts. 27 a 33 da Lei n. 8.666/93.

9.2.4.2 **condições de participação em certames licitatórios anteriores à fase de habilitação e não previstas na Lei n. 8.666/93, a exemplo da prestação da garantia, de que trata o art. 31, inciso III, da Lei n. 8.666/93, antes de iniciada a fase de habilitação**, devendo processar e julgar a licitação com observância dos procedimentos previstos no art. 43 da Lei n. 8.666/93 e nos princípios estatuídos no inciso XXI do art. 37 da CF e no art. 3º da Lei n. 8.666/93;

9.2.4.3. a exigência simultânea de capital mínimo e garantias, nos termos do § 2º do art. 31 da Lei n. 8.666/93. (Plenário do TCU. Acórdão n. 808/2003. Sessão de 02/7/2003. DOU de 11/7/2003). (grifo nosso)

Além disso, foi constatada irregularidade concernente à exigência de aptidão de desempenho (item 8.5 do edital e Anexo XI) em quantitativos idênticos ao do objeto licitado (Anexo XI.II), em afronta ao art. 30, II, da Lei Federal n. 8.666/93, que se refere à comprovação de aptidão para execução de **objeto similar**, *in verbis*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

II — comprovação de aptidão para **desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

[...]

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na Licitação. [...] (grifo nosso)

Portanto, a exigência de comprovação deverá ser similar ao objeto da licitação, de acordo com os motivos técnicos que envolvem a sua execução, sendo vedadas limitações não previstas em lei que inibam a participação na licitação, conforme § 5º do citado artigo.

Registre-se, por oportuno, que o resultado do julgamento final do certame foi publicado no jornal *Minas Gerais* de 21/11/2012, sendo declarada vencedora a empresa Viasolo Engenharia Ambiental S.A., com a proposta no valor global de R\$6.946.095,52 para 12 meses; no entanto, não consta informação sobre eventual assinatura do contrato.

Destarte, entende este Órgão Ministerial que permaneceram as falhas detectadas no instrumento convocatório, devendo, sobretudo, esta Corte de Contas buscar a concretude do caráter pedagógico-preventivo inerente às penas, aplicando-se aos responsáveis as sanções e as recomendações cabíveis à espécie.

3 CONCLUSÃO

Ex positis, o Ministério Público de Contas **opina**, nos autos da presente **denúncia**, que seja:

a) acolhida a **preliminar** quanto à ausência de nomeação de curador especial (art. 9º, II, do CPC) ao prefeito do Município de Itaúna, E. P., no exercício de 2012, revel que, citado por edital, não compareceu aos autos, **para declará-lo indefeso, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito, por falta de pressupostos válidos de constituição e desenvolvimento do processo (art. 267, IV, do CPC)**, isto é, ausência de oportunização eletiva da ampla defesa e do contraditório (**art. 5º, LIV e LV, da CR/88**), **tão somente em relação ao mesmo**.

Ad argumentandum tantum, acaso ultrapassada a preliminar, diante da aplicação do princípio da eventualidade, que seja:

b) decretada a **revelia** do prefeito do Município de Itaúna, E. P., no exercício de 2012, com arrimo no art. 79 da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, para que se produzam seus efeitos legais, tão somente quanto à caracterização da oportunização da ampla defesa e do contraditório;

c) julgado **irregular** o **Processo Licitatório n. 927/2012 (Concorrência n. 001/2012)**, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Itaúna, com as consequências preconizadas no § 2º do art. 276 da Resolução TCEMG n. 12/2008, pela prática de atos ilegais;

d) **aplicada a sanção pecuniária — pessoal e individualmente** — ao prefeito do Município de Itaúna, E. P., no exercício de 2012; e ao secretário municipal de administração de Itaúna (exercício de 2012) e subscritor do edital, A. C. N., como incurso no art. 85, II, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), pela prática de infração grave às normas legais, no valor de **R\$8.750,00**, atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade nos termos do art. 89 da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, c/c art. 320 da Resolução TCEMG n. 12/2008;

e) expedida **recomendação** ao atual prefeito do Município de Itaúna, O. P. S., em analogia ao art. 275, III, da Resolução TCEMG n. 12/2008, para que, em futuro certame de objeto correlato, não se repitam as irregularidades apontadas nos presentes autos, encaminhando-lhe cópia da decisão ou acórdão.

Por derradeiro, após o trânsito em julgado, devidamente intimados os jurisdicionados, e decorrido o prazo legal sem pagamento espontâneo das multas cominadas, que seja passada certidão de débito e sejam inscritos no cadastro de inadimplentes deste Tribunal, com remessa *incontinenti* ao Ministério Público de Contas

para as providências de praxe, nos termos do art. 364, *caput* c/c parágrafo único do mesmo édito, ambos da Resolução TCEMG n. 12/2008.

Sem prejuízo, recomendo, desde já, a expedição de ofício com cópia da presente manifestação ministerial, nos termos dos apontamentos antepostos, ao Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, por meio da Camp/MPC/MG, para as medidas que entender cabíveis à espécie.

Entranhe-se, registre-se, certifique-se e encaminhe-se à Coordenadoria de Apoio Operacional do Ministério Público de Contas, visando à tramitação de praxe.

É o **parecer** ministerial conclusivo.

Belo Horizonte, 3 de dezembro de 2013.

Marcílio Barenco Corrêa de Mello
Procurador do Ministério Público de Contas