



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

Processo nº: 6.228/2017-e.

Jurisdicionada: Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. – CEASA/DF.

Assunto: Representação.

Órgão Técnico: 2ª Divisão de Acompanhamento.

Ementa:

- Representação da sociedade empresária A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP (peça 3) contra supostos atos ilegais praticados pela Comissão Especial de Licitação e pela Presidência da CEASA/DF no processamento da Concorrência nº 7/2016;
- Decisão nº 5.361/2017 (peça 122): Representação, no mérito, parcialmente procedente. Determinação para que a CEASA/DF promovesse a anulação do ato de desclassificação da A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP, com retorno do certame à fase imediatamente anterior;
- Decisão da Presidência nº 74/2017 (peça 150): Conhecimento do pedido de reexame interposto pela sociedade empresária ARCHITECH Consultoria e Planejamento Ltda. (peça 144) contra os termos das Decisões nºs 5.361/2017 e 5.621/2017. Concessão de prazo para oferta de contrarrazões recursais;
- **Nesta fase:** Análise do mérito recursal;
- Corpo Técnico (peça 172): Provimento parcial ao apelo recursal. Pela revisão da decisão nº 5.361/2017; e continuidade da execução contratual;
- Ministério Público (peça 180): Opinião parcialmente divergente. Suscita irregularidades no Edital da Concorrência nº 7/2016. Em decorrência, alvitra que a licitação seja anulada ou revogada. Alternativamente, propõe pedido de esclarecimentos e realização de diligências. Ao final, sugere o sobrestamento da análise de mérito;
- **VOTO** convergente, na essência, para o Corpo Técnico, com acréscimo. Provimento parcial ao recurso, com consequente revisão da Decisão nº 5.361/2017 de modo a (i) considerar improcedente a inicial; e (ii) autorizar a CEASA/DF a dar continuidade à execução contratual decorrente do certame. Alerta ao Exmo. Senhor Governador do Distrito Federal acerca da incompatibilidade do art. 20 da Lei distrital nº 4.611/2007 e do art. 3º do Decreto Distrital nº 35.592/2014, os quais restringem o exercício do direito de preferência as licitações do tipo menor preço, com os arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, mormente após o advento dos Decretos Federais nºs 8.538/2015 e 7.174/2010, que expressamente autorizam o exercício desse direito nas licitações do tipo técnica e preço.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

RELATÓRIO

Cuidam os autos, na origem, de representação da sociedade empresária A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP (peça 3) contra supostos atos ilegais praticados pela Comissão Especial de Licitação e pela Presidência da Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. – CEASA/DF no processamento da Concorrência nº 7/2016, cujo objeto consiste na elaboração de projetos de arquitetura e engenharia nas etapas de estudos preliminares, projeto básico, projeto executivo e serviços complementares, para a construção do que denominou “Mercado Central de Brasília”.

Neste momento processual, o exame dos autos cinge-se ao mérito do pedido de reexame interposto pela sociedade empresária ARCHITECH Consultoria e Planejamento Ltda. (peça 144), contra os termos da Decisão nº 5.361/2017 (peça 122), parcialmente modificada pela Decisão nº 5.621/2017¹ (peça 135), cuja parte que interessa transcrevo a seguir:

O Tribunal, por maioria, de acordo com o voto do Relator, decidiu:

“(…); IV – indeferir o pedido de nulidade dos atos praticados pela empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP no âmbito dos autos em exame, em face da deficiência da representação de seu patrono, formulado no requerimento autuado sob o e-DOC nº. DB405F4C-c; V – por consequência do item anterior, determinar à empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP que, no prazo de 15 (quinze) dias, regularize sua representação processual nos autos em exame; VI – considerar prejudicado os pedidos constantes dos documentos autuados sob os e-DOCs nºs. C1F7A52A-c e 3BAC25FF-c, ante o enfrentamento do mérito da representação exordial; VII – considerar parcialmente procedente a Representação formulada pela empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. EPP; VIII – com fundamento no artigo 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei nº 1/1994, determinar à Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. que adote, no prazo de 10 (dez) dias, as providências necessárias à anulação do ato de desclassificação da empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP, no âmbito da Concorrência nº. 07/2016 – CEASA, bem como dos eventuais atos dela decorrentes, e proceda ao retorno do processo à fase imediatamente anterior;(…)”

¹ Na Sessão Ordinária nº 5002, de 21/11/2-17, em virtude dos embargos opostos pela ARCHITECH (peça 129), a redação do item V da aludida decisão foi alterada pela os seguintes termos (Decisão nº 5621/2017, peça 136): (...)I – conhecer, dos Embargos de Declaração manejados pela empresa Architech Consultoria & Planejamento Ltda. acolhendo-os parcialmente apenas para que o item V da Decisão nº 5361/2017 passe a ter a seguinte redação: “por consequência do item anterior, com base no artigo 118, § 1º do Regimento Interno desta Corte, determine à empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP que, no prazo de 15 (quinze) dias, regularize sua representação processual nos autos em exame, deixando, contudo, de determinar a suspensão dos autos, tendo em vista a flagrante possibilidade de dano ao erário com a aplicação da citada medida”



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

Devidamente científicas da admissão do referido pedido de reexame (peças 124 e 125), apresentaram contrarrazões recursais tanto a jurisdicionada (peça 158), como a sociedade empresária A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP (peça 169).

Ao examinar a documentação juntada aos autos (peça 172), a Unidade Técnica pugnou pela (i) procedência parcial do recurso, (ii) revisão da Decisão nº 5.361/2017; e (iii) continuidade da contratação.

Da instrução, destaco o seguinte excerto:

I. EXAME DE MÉRITO

6. Em virtude do grande número de tópicos abarcados pelo recurso da empresa Architech, a presente análise será feita tópico a tópico.

7. Especificamente com relação às contrarrazões da CEASA/DF, importante frisar que apesar de fazermos o registro por tópico, grande parte de sua manifestação se refere a defender a decisão judicial que teria entendido que a proposta da empresa A3E3 era inexequível, diferentemente do posicionamento desta Corte de Contas.

8. Ademais, alega que, apesar da independência das esferas administrativa e judicial, entende que se trata de decisão judicial de mérito, que torna imperativa e vinculante às partes do processo, mesmo porque ao ser judicializada a questão, a A3E3 teria renunciado à análise administrativa sobre a mesma relação de direito.

9. No que cabe às contrarrazões da empresa A3E3, antes de entrar na discussão sobre cada um dos tópicos, a empresa questiona o fato de a Architech estar reiteradamente recorrendo ao Tribunal para rediscutir temas ou questões que já foram declaradas improcedentes em outras oportunidades, o que acaba por atrasar indefinidamente a contratação pretendida pela Administração Pública.

10. Ao final, as contrarrazões dessa empresa tecem comentários acerca do posicionamento da CEASA/DF, destacando dois aspectos: a) a proposta apresentada pela A3E3 é exequível e mostra adequado atendimento ao objeto da contratação; b) as alegações da empresa Architech são infundadas e repetitivas.

11. Tendo em vista a extensão das manifestações ora analisadas, resumidas nos tópicos que se seguem, e para não deixar nada passar despercebido, transcreveremos os pedidos constantes dessas peças, na íntegra:

PEDIDO DA EMPRESA ARCHITECH

“PRELIMINARMENTE:

1) seja encaminhada, de forma URGENTE e IMEDIATA, notificação dos demais interessados, em especial, a jurisdicionada, Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S/A – CEASA/DF, a respeito da interposição do Recurso, que tem EFEITO SUSPENSIVO quanto à Decisão combatida, conforme previsão do artigo 47 e seu parágrafo único, da Lei Orgânica do TCDF (LC nº 01/1994), artigo 286 e seu parágrafo único, do RITCDF.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

2) sejam declaradas nulas as decisões nº 5361/17 e nº 5621/2017, por não terem analisados as teses defensivas apresentadas, ocorrendo, portanto, julgamento CITRA PETITA; NO MÉRITO, considerando superada a questão preliminar, requer análise acurada dos argumentos e documentos acostados, para que DE FORMA URGENTE, seja reformada a Decisão proferida, negando provimento à representação e dando provimento ao Recurso de Reexame, em especial para:

3) seja apurada possível fraude, conforme explicado no item c), com a devida declaração de idoneidade para contratar com a Administração;

4) seja declarada inabilitada por não ter sido representada por qualquer pessoa com poderes de representação, conforme explicado no item d);

5) sejam analisadas as informações dos itens e) até o j), declarando desclassificada a proposta da empresa A3E3;

6) seja diligenciado e verificado se a empresa licitante A3E3 tem direito aos benefícios previstos em lei, haja vista que todos os 4 sócios da empresa possuem diversas outras sociedades, conforme explicado no item k);

7) seja aplicada a Lei Distrital nº 4.611/2011 e o Decreto Distrital nº 35.592, em conformidade com a previsão da Lei Complementar Federal nº 123/2006 e o Decreto Federal nº 8.538/2015, não havendo em que se falar em benefício de desempate à ME e EPP em caso de Licitações de Técnica e Preço, conforme explicado no item l) e item m);

8) seja declarada inexequível a proposta apresentada, não seguindo a Lei 8.666/93 e/ou as regras editalícias e, por consequência, seja confirmada a decisão da Comissão que resultou na empresa ARCHITECH CONSULTORIA E PLANEJAMENTO LTDA como a primeira colocada, devendo ser permitido a consumação da execução do contrato.”

PEDIDO DA CEASA/DF

“Diante do exposto, a CEASA/DF entende existir um conflito entre as decisões proferidas pelo Poder Judiciário e pelo TCDF, no que se refere à exequibilidade da proposta apresentada pela empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. - EPP. Considerando o conflito apontado, requer que haja uma manifestação definitiva quanto ao tema, para que assim a sociedade estatal possa dar continuidade ao projeto licitado, evitando prejuízos decorrentes da demora em sua implantação.”

PEDIDO DA EMPRESA A3E3

“89. Assim, por todo o exposto a Empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. - EPP, ora Petionária e Defendente, requer a Vossa Excelência: a) O NAO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES CONTIDAS NO PEDIDO DE REEXAME interposto pela Empresa Architech Consultoria & planejamento Ltda.; e consequentemente, a sua TOTAL IMPROCEDÊNCIA, mantendo-se incólume as Decisões nº 5361/2017 e nº 5621/2017, acertadamente proferidas por



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

esta E. Corte de Contas do Distrito Federal; b) A NOTIFICAÇÃO IMEDIATA da CEASA/DF para que dê cumprimento aos termos da Decisão nº 5.361/2017, relacionadas com o processamento regular da Concorrência nº 07/2016 - CEASA. 90. Termos em que, confiante no sempre acertado e justo tirocínio de Vossa Excelência, pede e espera deferimento quanto ao pleito delineado”

12. Na sequência, serão apresentadas, por tópico, as razões recursais, as contrarrazões e a respectiva análise.

a) Da escolha da via judicial (mandado de segurança)

a.1 – Razões recursais

13. A Recorrente destacou a existência de demanda judicial, no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, cujo objeto e causa de pedir seriam idênticos ao tema destes autos.

14. Naquela assentada, o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública do DF teria proferido sentença que indeferiu o pedido da empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. de reconhecer a ilegalidade da decisão da CEASA/DF que determinou a desclassificação de sua proposta na Concorrência nº 07/2016. Assim, a resolução de mérito teria alcançado coisa julgada material, não havendo possibilidade de rediscussão da matéria por quaisquer outras vias.

15. Acrescentou que, apesar da alegação de independência das instâncias, há que ser resguardada a segurança jurídica e que estando as decisões desta Corte em desconformidade com as emanadas pelo Poder Judiciário, caracterizada está a desobediência de decisão judicial.

16. Nesse sentido, citou que as decisões desta Corte de Contas têm evoluído para sobrestar o exame das matérias que possuem correspondência de objeto e causa de pedir, com o Poder Judiciário, a exemplo do julgamento ocorrido em 05/09/2017, no âmbito do Processo nº 229/2017-e, bem como na Decisão nº 427/2017, cujo trecho de interesse será transcrito a seguir:

“1. Como regra, a existência de ação em trâmite perante o Poder Judiciário não afasta a apreciação da matéria pelo TCDF, em razão do princípio da independência das instâncias.

2. Excepcionalmente, havendo identidade de objeto e causa de pedir entre as demandas apresentadas no âmbito desta c. Corte de Contas e dos Tribunais Judiciais, a decisão de mérito tomada no Poder Judiciário repercute inevitavelmente naquela a ser adotada no Tribunal de Contas, em razão da unidade da jurisdição.”

17. Concluiu afirmando que, além de ter sido decretada judicialmente a validade do ato de desclassificação da proposta da A3E3, não há que se falar em anulação deste ato.

a.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

18. Alega que, apesar do Mandado de Segurança (Processo nº 0700610-08.2017.8.07.0018) impetrado pela A3E3 ter tido a segurança denegada, não se adentrou na resolução de mérito.

19. Acrescentou que, apesar da empresa A3E3 ter recorrido da sentença mediante recurso de apelação, desistiu do recurso antes do julgamento de mérito, não fazendo coisa julgada material.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

20. Nesse sentido, apresentou a Súmula 304 do STF, que dispõe: *decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria.*

a.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

21. Como dito anteriormente, a CEASA/DF defende a decisão judicial que teria entendido que a proposta da empresa A3E3 era inexecutável, diferentemente do posicionamento desta Corte de Contas.

22. Alega que, apesar da independência das esferas administrativa e judicial, houve decisão judicial de mérito, que torna imperativa e vinculante às partes do processo, mesmo porque ao ser judicializada a questão, a A3E3 teria renunciado à análise administrativa sobre a mesma relação de direito. Para justificar tal entendimento juntou decisão do TRF4 (AMS V 2006.70.00.009422-9) e do STF (RE 233.582).

a.4 – Análise

23. Essa questão da interferência de decisão judicial, no âmbito das decisões dessa Corte de Contas já foi trazida pela Requerente em momento anterior.

24. Na oportunidade, o Relator dos autos, Conselheiro Manoel de Andrade (e-doc F9528631-e), assim se manifestou:

“Sobre os reflexos do Mandado de Segurança de nº. 0700610- 08.2017.8.07.0018 nos presentes autos, como dito anteriormente, trata-se de questão já superada por esta Corte, tendo sido enfrentada pelo i. o Conselheiro Inácio Magalhães, que acolheu o entendimento manifestado pelos órgãos técnico e ministerial, quando da análise de mérito do Recurso Inominado manejado pela empresa ARCHITECH Consultoria & Planejamento Ltda., em desfavor do item II da Decisão nº. 1029/2017.

Quando da análise do referido recurso, o órgão técnico deste Tribunal manifestou-se no sentido de que, por força do Princípio da Independência das Instâncias, a existência de demandas judiciais acerca do mesmo assunto no Poder Judiciário, por si só, não é capaz de impedir o exercício do controle externo por esta Corte de Contas.

Para fundamentar seu posicionamento, o citado órgão trouxe à baila a Decisão nº. 5123/2014, adotada no âmbito do Processo nº. 30038/2012, onde este Tribunal, seguindo o entendimento do i. Conselheiro Renato Rainha, manifestou-se no sentido de que “a existência de ações judiciais sobre a matéria, em trâmite no âmbito do Poder Judiciário, não obsta a atuação da Corte de Contas no exercício de sua missão constitucional de controle externo, tendo em vista o princípio da independência das instâncias cível, penal e administrativa, admitindo-se que somente haveria influência nos autos em foco, decisão em eventual ação penal na qual fossem absolvidos os responsáveis pela negativa de autoria ou do fato”.

É válido relatar que nos presentes autos, mediante o Parecer nº. 421/2017 – MF, o MPJTCDF acolheu o entendimento manifestado pelo órgão técnico, registrando ainda que a segurança requerida pela empresa A3E3, fora denegada no âmbito do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao argumento de “não houve qualquer



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

abuso ou irregularidade na análise dos documentos apresentados pela impetrante”, o que no entender do órgão ministerial, “equivale dizer, no contexto da sentença prolatada, não foram trazidas provas (ou contraprovas) que desabonassem a análise feita pela comissão licitante”.

25. Nessa linha de entendimento, trazemos aos autos sentença proferida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Processo nº 0706145-15.2017.8.07.0018), na qual a Juíza da 8ª Vara da Fazenda Pública do DF reconheceu a independência das instâncias e posicionou-se no sentido de que apenas uma determinação judicial específica poderia suspender o processo administrativo. Referida ação aborda apuração no âmbito do Processo nº 36.603/2016 e está juntada no documento (e-doc C8AA1AC1-c):

“Cuida-se de ação civil pública em que o autor pleiteia a anulação das decisões nº 3280/16 e 1940/17 com determinação de prosseguimento do Processo 36603/16-TCDF.

Para fundamentar o seu pedido afirma o autor que as decisões impugnadas estão equivocadas, pois não se justifica o sobrestamento do processo referido.

O réu, por seu turno, sustenta a discricionariedade do Tribunal de Contas do Distrito Federal para decidir sobre o sobrestamento de processo sob sua competência.

Estabelece o artigo 41 da Lei Complementar 1/94 “Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição”, portanto, verifica-se da referida norma legal que a fiscalização a ser exercida pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal não é uma faculdade, mas sim uma imposição legal.

Conforme consta da petição inicial há denúncias de irregularidades no contrato celebrado pela Secretaria de Estado e Saúde com a empresa Look In Door, mas em 13/12/2016 o Tribunal de Contas do Distrito Federal proferiu a decisão nº 6280/2016 com o seguinte teor: “I – conhecer das Representações nºs 27 e 28/2016-CF; II – sobrestar os autos em exame até o deslinde das ações de improbidade administrativa propostas pelo MPDFT em relação aos contratos examinados nos autos em exame; III – autorizar o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento, para os devidos fins” (ID 7681524)

O que ensejou pedido de reconsideração (ID 7681526), que foi indeferido pela decisão nº 1940/2017 em 27/4/2017 (ID 7681534).

Verifica-se das referidas decisões que houve determinação de sobrestamento do processo para aguardar o julgamento de ações de improbidade administrativa propostas pelo autor.

No entanto, conforme destacou o réu em sua contestação com muita ênfase há independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, portanto, o Tribunal de Contas não se vincula à decisão proferida pelo Poder Judiciário e



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

vice-versa. E nem poderia ser diferente, pois a matéria examinada por ambos é distinta, logo, não se justifica sob o aspecto lógico ou jurídico a suspensão do processo administrativo.

Ao contrário do afirmado pelo réu em sua contestação a pretensão do autor não reside em substituição das atribuições dos Conselheiros do Tribunal de Contas, mas sim o exclusivo exame da legalidade no que se refere ao cumprimento de suas atribuições.

Consoante já mencionado em linhas volvidas o exercício de fiscalização dos contratos celebrados pela Administração Pública é obrigação e não faculdade do Tribunal de Contas, portanto, quando este profere decisão que afasta ou adia o cumprimento dessa obrigação está descumprindo um dever legal.” (Sentença proferida nos autos do Processo nº 0706145-15.2017.8.07.0018)

Não se trata no caso de conveniência ou oportunidade sobre sobrestamento de processo administrativo, como alegado na contestação, mas sim de omissão de dever legal.

Em razão da independência das esferas e considerando, ainda, que o objeto de apuração pelo Tribunal de Contas e objeto das ações de improbidade administrativa são totalmente distintos o processo administrativo só poderia ser suspenso em razão de ação judicial se houvesse alguma determinação judicial nesse sentido, o que não ocorreu, portanto, está evidenciado que houve descumprimento de dever legal de exercer a fiscalização, razão pela qual o pedido é procedente.

*Em face das considerações alinhadas **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para declarar a nulidade das decisões nº 3280/16 e 1940/17 e determinar o prosseguimento do Processo 36603/16-TCDF, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa diária e, de consequência, julgo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Sem custas e sem honorários advocatícios, pois incabíveis na espécie.*

26. Por fim, deve-se destacar consulta ao Processo nº 0700610-08.2017.8.07.0018, no qual a empresa A3E3 buscou o reconhecimento da ilegalidade do ato que considerou sua proposta na Concorrência nº 07/2016 inexecutável.

27. Na última decisão desses autos, inclusive, consta insurgência da empresa Architech acerca da Decisão nº 5361/2017, na qual a Relatora assim se manifestou:

“(…)Feitas essas considerações, homologada a desistência da apelação interposta, verifica-se que restou configurado o exaurimento da prestação jurisdicional por esta instância recursal.

Manifestações posteriores, como é o caso da petição de ID n. 2973313, devem ser realizadas perante o Juízo de origem, sob pena de supressão de instância.

Salienta-se, ainda, que a Decisão n. 5361/2017 do Tribunal de Contas do Distrito Federal não foi objeto da sentença



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por A3 E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP, tampouco a noticiada informação de que a Ceasa irá realizar a reabertura da Concorrência Pública n. 007/20016 – CEASA/DF. Logo, o tema abordado na medida cautelar incidental refoge ao espectro do mandamus.

Portanto, nos termos acima alinhavados, nada a prover quanto à petição de ID n. 2973313. Remetam-se os autos à origem.”

28. Assim, por todo o exposto, correto o posicionamento já defendido pelo Relator dos autos, de que a existência de demandas judiciais tratando do mesmo assunto abordado nesta Corte de Contas, não é, por si só, capaz de impedir o exercício do controle externo.

29. Tal argumento se justifica, principalmente, quando o Tribunal analisa questões atinentes à área contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, cuja expertise é própria desta Corte de Contas.

30. No caso concreto em exame, verifica-se que a empresa que se sentiu injustiçada pela desclassificação na Concorrência nº 07/2016 recorreu de forma paralela a esse Tribunal e ao Poder Judiciário.

31. Observou-se, por outro lado, que as Casas trilham caminhos diversos na análise da exequibilidade da proposta da empresa A3E3, obtendo conclusões também distintas.

32. No âmbito do Poder Judiciário, sentença proferida em 05/04/2017 deliberou por denegar o pedido da Impetrante, por entender que o critério de inexecutabilidade foi objetivamente estabelecido pela Lei nº 8.666/93, art. 48, inciso II. Ademais, não teria havido abuso ou irregularidade na análise dos documentos apresentados pela impetrante, no intuito de averiguar o cumprimento do § 1º do referido dispositivo legal.

33. A seguir, transcrição de trecho do decisum referenciado:

“O critério objetivo para o caso em apreço revela-se adequado, na medida em que reflete a viabilidade do cumprimento das obrigações assumidas considerando a realidade financeira do mercado.

A lei fixa o limite de valor que não seja inferior a 70% da média das propostas apresentadas acima de 50% do valor orçado pela Administração ou ao próprio valor orçado, nos seguintes termos:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que comprove que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

§1º Para todos os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecutáveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

§2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no §1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.

No caso, a impetrante alega ofensa ao seu direito líquido e certo de ser contemplada como vencedora no procedimento licitatório de que participou para a execução de obras a serem contratadas pela CEASA. Entende que, apesar de sua proposta ter sido R\$ 5.301,18 mais baixa que o percentual exigido ele lei (artigo 48, §1º da Lei 8.666/93), é exequível e mais vantajosa que aquela apresentada pela empresa considerada vencedora no certame.

É verdade, entretanto, que a leitura do caput do artigo 48 da Lei 8.666/93 indica a possibilidade de a licitante demonstrar a exequibilidade de sua proposta a partir da abertura da proposta, apresentando documentos capazes de constatar a possibilidade de realização do objeto do contrato apesar do lucro reduzido. No entanto, o que se extrai dos autos é que houve a análise desses documentos pela comissão licitante que, entretanto, concluiu pela inexistência de lucro ou prejuízo da empresa em vários itens do contrato, confirmando a tese da inexecutabilidade.

Não houve qualquer abuso ou irregularidade na análise dos documentos apresentados pela impetrante. Da conclusão da Comissão Licitante, a título exemplificativo, extraio o seguinte trecho em que bem fundamenta a conclusão de que a proposta da impetrante não é viável:

Quando solicitado o detalhamento analítico da proposta apresentada, o objetivo foi comprovar os valores apresentados de maneira a evidenciar que a licitante estaria apta financeiramente a executar o contrato. Deveria incluir a composição de custos, os lucros, os tributos, as despesas financeiras, os seguros, as garantias e os riscos, detalhando-se analiticamente profissional por profissional, de forma a comprovar, objetivamente, a exequibilidade da proposta apresentada.

A tabela apresentada pela licitante, além de não detalhar analiticamente cada profissional (o que por si só já prejudica a plena interpretação dos números) ainda apresenta equívocos de somatórios.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

Ao analisar as planilhas apresentadas, concluiu a comissão licitante que em dois itens a soma do licitante apresenta valores positivos (R\$ 6.661,77 para projetos de instalações elétricas e R\$ 13.009,89 para projetos de lógica e telefonia) e a soma da CEASA/DF indica valores respectivamente negativos em ambos (-R\$ 7.059,36 e R\$ - 14.432,37).

Se a soma da CEASA/DF estiver correta, como poderia uma empresa participar de licitações projetando-se resultados negativos?

No que diz respeito à possibilidade de prestação de garantia, há que se interpretar adequadamente o que dispõe o §2º do artigo 48 da Lei 8.666/93. É que a lei exige a garantia do licitante que apresentar proposta dentro do limite de 70% mas que não ultrapasse 80% do valor orçado pela Administração (ou da média aritmética das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração).

Além disso, a garantia deve corresponder à diferença entre a proposta do licitante o valor orçado pela Administração ou a média aritmética das propostas superiores a 50%; e não a diferença entre o valor da proposta e o limite mínimo de 70%.

Em vista dos exposto, indefiro o pedido do impetrante e
DENEGO A SEGURANÇA.”

34. De outro modo, o exame procedido por essa Corte de Contas avaliou a exequibilidade material da proposta apresentada pela empresa A3E3. Para tanto, foram utilizados parâmetros constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI (mão de obra e encargos sociais) e da Tabela de Preços de Consultoria do DNIT (custo DNIT – custo administrativo 30%; remuneração da empresa 12% e despesas fiscais/PIS/ISS/COFINS (sem CSLL). A seguir, trecho da Informação nº 76/2017-2ª DIACOMP, que concluiu pela exequibilidade da proposta, que se caracterizava como a mais vantajosa para o Erário:

“A análise efetuada mostrou que, mesmo com os prejuízos apontados pela Comissão de Licitação nos itens “Projeto de Instalações Elétricas” e “Projeto de Lógica e Telefonia”, nos montantes de R\$ 7.059,36 e R\$ 14.432,37, a proposta apresentada pela empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP é a que melhor atende ao Interesse Público, proposta mais vantajosa, uma vez que está de acordo com os critérios estabelecidos no item 9.6, III, do edital do certame, ou seja, conforme demonstrado na planilha constante no parágrafo 42 desta instrução, seus custos com mão de obra são compatíveis com os salários de mercado (sob a ótica do SINAPI e do DNIT, encargos sociais e despesas indiretas).”

35. Em que pese a metodologia adotada pelo Tribunal, ao nosso entender, dê maior respaldo para a análise de inexecuibilidade do que aquela definida na Lei, há que se aceitar o posicionamento defendido pelo Poder Judiciário.

36. Especificamente sobre o andamento processual, no âmbito daquele Poder verificou-se que a empresa A3E3 apelou da sentença proferida e, posteriormente, desistiu do recurso.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

37. Em decisão que analisou embargos de declaração interpostos pela empresa Architech, a Relatora dos autos verificou contradição no dispositivo da decisão embargada que, a despeito de homologar a desistência do recurso de apelação, extinguiu o feito sem exame de mérito.

38. Assim, deliberou por atribuir efeitos modificativos aos embargos, de modo a deixar claro que os fundamentos da sentença foram mantidos integralmente com a desistência do recurso, razão pela qual decidiu:

“onde se lê: ‘homologo a desistência requerida pela parte no ID n. 2536137, extinguindo o feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VIII, e 998 do CPC’, leia-se: ‘homologo o pedido de desistência do recurso, formulado pela parte recorrente no ID n. 2536137, com base no art. 998 do CPC, para que produza seus efeitos jurídicos e legais’.”

39. Como se vê, diferentemente de análises pretéritas, observa-se que existe decisão judicial transitada em julgado, para uma temática tratada por esta Corte, de modo diverso.

40. Pondo-se na posição da Jurisdicionada, qual deliberação deveria cumprir?

41. Sob esse plano, colacionamos trecho do Boletim Informativo de Decisões do TCDF nº 4/17:

“7. PROCESSUAL. COMPETÊNCIA DO TCDF. AÇÃO JUDICIAL. IDENTIDADE DE OBJETO E CAUSA DE PEDIR. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO EM TRAMITAÇÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. UNIDADE DA JURISDIÇÃO.

1. ‘Como regra, a existência de ação em trâmite perante o Poder Judiciário não afasta a apreciação da matéria pelo TCDF, em razão do princípio da independência das instâncias’.

2. ‘Excepcionalmente, havendo identidade de objeto e causa de pedir entre as demandas apresentadas no âmbito desta c. Corte de Contas e dos Tribunais Judiciais, a decisão de mérito tomada no Poder Judiciário repercute inevitavelmente naquela a ser adotada no Tribunal de Contas, em razão da unidade da jurisdição’.

Decisão por unanimidade.

*Processo nº 4636/2014. **Decisão nº 427/2017.***

Precedentes TCDF (item 1): Decisões nos 5878/2016, 2623/2016, 5123/2014, 3312/2014, 4778/2013.

Precedente TCDF (item 2): Decisão no 2623/2016.” (grifos nossos)

42. Para efeito ilustrativo, colacionamos trecho do Voto proferido pelo Conselheiro Manoel de Andrade, que fundamentou a Decisão nº 427/2017:

“Isso porque, não se pode negar que no ordenamento jurídico brasileiro o Poder Judiciário detém competência



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

exclusiva para dizer o direito de forma definitiva, podendo, inclusive, revisar deliberações desta Corte de Contas.

Nesse sentido, importa frisar que em recente julgado de minha relatoria, o Plenário decidiu tornar sem efeito o decisor pretérito ante a notícia de deliberação judicial definitiva em dissonância ao entendimento desta Corte, por entender, nos termos do voto condutor, que as sentenças judiciais transitadas em julgado não podem ser revertidas por julgados das Cortes de Contas.”

43. Ante o exposto, entendemos que a Decisão nº 5361/2017 deve ser revista, uma vez que contrária ao posicionamento judicial, o qual já se encontra transitado em julgado.

b) Da inversão lógica do sistema constitucional-processual – coisa julgada.

b.1 – Razões recursais

44. *Afirmou que o sistema legal e jurídico brasileiro proclama a prevalência das decisões judiciais, porém a decisão deste Tribunal foi no sentido oposto à análise judicial.*

45. *Corroborando com os argumentos do tópico anterior, a Recorrente transcreveu Decisão da Segunda Turma do STF, ao julgar o MS 25.453:*

“(…)CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO, NOTADAMENTE EM SEDE ADMINISTRATIVA, DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, (...) – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO, NA VIA ADMINISTRATIVA, DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA (...). O Tribunal de Contas da União não dispõe, constitucionalmente, de poder para rever decisão judicial transitada em julgado (RTJ 193/556-557) nem para determinar a suspensão de benefícios garantidos por sentença revestida da autoridade da coisa julgada (RTJ 194/594), (...)”

46. *Em razão disso, afirmou ser necessária a imediata retomada do Contrato nº 01/2017, sob pena de violação da coisa julgada.*

b.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

47. *Esse tópico a empresa agregou ao anterior para fazer uma manifestação conjunta. Assim, repetimos o resumo exposto no tópico anterior.*

48. *Alega que, apesar do Mandado de Segurança (Processo nº 0700610-08.2017.8.07.0018) impetrado pela A3E3 ter tido a segurança denegada, não se adentrou na resolução de mérito.*

49. *A acrescentou que, apesar da empresa A3E3 ter recorrido da sentença mediante recurso de apelação, desistiu do recurso antes do julgamento de mérito, não fazendo coisa julgada material.*

50. *Nesse sentido, apresentou a Súmula 304 do STF, que dispõe: decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria.*

b.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

51. *A CEASA/DF tem o mesmo entendimento da Recorrente, no sentido da prevalência da decisão judicial.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

b.4 – Análise

52. *Esse ponto se encontra diretamente relacionado com o anterior.*

53. *Vê-se que a empresa A3E3 utilizou-se do argumento da desistência do recurso de apelação para manifestar o entendimento de que a decisão judicial não fez coisa julgada material.*

54. *Entretanto, como já discorrido, a desistência do recurso não indica que não houve decisão de mérito.*

55. *Assim, em que pese não fique caracterizado descumprimento judicial, uma vez que para isso deveria haver decisão judicial específica, entendemos que a manutenção da Decisão nº 5361/2017, nos termos atuais, pode ser objeto de questionamento naquela Corte Judiciária, com grande possibilidade de vir a ser anulada.*

c) Suspeita de tentativa de fraude.

c.1 – Razões recursais

56. *Foi afirmado pela Requerente que a Sócia Majoritária da empresa A3E3 (92%), Sra. Eleuza Zampieri, também exerce a mesma condição na empresa Fábrica Civil Engenharia de Projetos – EPP, possuidora lá de 98% do capital da empresa. Ressaltou que em ambas as empresas também possui a qualificação de Sócio-Administradora.*

57. *A respeito dessa referência, informou que essa última empresa está suspensa de participar de qualquer certame, entre 17/08/2016 e 16/08/2018, com base na sanção prevista no art. 87, III, da Lei de Licitações. Para demonstrar essa afirmação trouxe publicação obtida no Portal da Transparência do Governo Federal.*

58. *Acrecentou que ambas as empresas possuem objeto social similar e o mesmo ramo de atuação, com foco em licitações públicas.*

59. *Ante o exposto, considera suspeito e temerário a contratação de empresa cuja representante já provou não ser idônea. Notícia, também, que é prática que tem se tornado usual o sócio de empresa declarada inidônea burlar tal sanção ao criar nova empresa.*

60. *Para combater essas medidas, citou alguns julgados que recomendam a extensão dos efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída, a exemplo do seguinte:*

"REPRESENTAÇÃO FORMULADA COM FULCRO NO ART. 113, §1º, DA LEI DE LICITAÇÕES. EMPRESA CONSTITUÍDA COM O INTUITO DE BURLAR A LEI. FRAUDE EM LICITAÇÃO. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE LICITANTE. NULIDADE DO CERTAME E DA CONTRATAÇÃO.

1. *Confirmado que a empresa Licitante foi constituída com o nítido intuito de fraudar a Lei, cabe desconsiderar a sua personalidade jurídica de forma a preservar os interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.*

2. *Deve ser declarada a nulidade de licitação cujo vencedor utilizouse de meios fraudulentos." (Acórdão nº 928/2008-TCU-Plenário)"*

61. *Registrou que as empresas A3E3 e Fábrica Civil possuem corpo técnico comum e se utilizam do mesmo acervo técnico. Para efeito de*



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

demonstração, trouxe algumas decisões plenárias do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo – CREA/SP.

62. Apresentou, também, o cartão CNPJ de ambas as empresas, para constatar que elas possuem o mesmo endereço.

63. Informou que, por meio do Acórdão nº 2218/2011-TCU-1ª Câmara, o TCU admitiu inovações interpretativas: estendeu os efeitos da suspensão a todas as Administrações e possibilitou a ampliação da sanção a sócios da empresa sancionada que tentem burlar a proibição por meio da participação em outra pessoa jurídica (fraude).

64. Por fim, requereu que o impedimento de contratar, punição aplicada à empresa Fábrica Civil Engenharia de Projetos – EPP, seja estendida à empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda., além de determinar o encaminhamento da situação ao Ministério Público, para apuração no âmbito administrativo e penal e de manter a desclassificação da empresa A3E3.

c.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

65. Informa que realmente a empresa Fábrica Civil foi penalizada por um desacordo relacionado com o prazo de entrega, sanção esta que está sendo objeto de recurso administrativo e judicial, mediante mandado de segurança.

66. Pondera que a suspensão do direito de licitar se resume à Universidade de São Paulo – USP e que o fato de um dos sócios ser coincidente não altera em nada a participação legítima da empresa A3E3 na licitação da CEASA/DF.

67. Acrescenta que nunca houve a transferência integral do acervo técnico e humano entre as empresas e que a identidade de sócios é de apenas um deles.

68. Admite haver coincidências no Corpo Técnico, mas que a doutrina e a jurisprudência não exigem sequer vínculo empregatício direto.

69. No entanto, destaca que a questão da habilitação já está superada, inclusive pela CEASA/DF, tendo a Comissão de Licitação analisado tais alegações e decidido pela sua total improcedência, desde o início.

c.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

65. Informa que realmente a empresa Fábrica Civil foi penalizada por um desacordo relacionado com o prazo de entrega, sanção esta que está sendo objeto de recurso administrativo e judicial, mediante mandado de segurança.

66. Pondera que a suspensão do direito de licitar se resume à Universidade de São Paulo – USP e que o fato de um dos sócios ser coincidente não altera em nada a participação legítima da empresa A3E3 na licitação da CEASA/DF.

67. Acrescenta que nunca houve a transferência integral do acervo técnico e humano entre as empresas e que a identidade de sócios é de apenas um deles.

68. Admite haver coincidências no Corpo Técnico, mas que a doutrina e a jurisprudência não exigem sequer vínculo empregatício direto.

69. No entanto, destaca que a questão da habilitação já está superada, inclusive pela CEASA/DF, tendo a Comissão de Licitação analisado tais alegações e decidido pela sua total improcedência, desde o início.

c.3 – Contrarrazões da CEASA/DF



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

70. A CEASA/DF afirma que o único motivo que teria fundamentado a desclassificação da empresa A3E3 teria sido a inexecução de sua proposta, tanto é que a empresa foi habilitada pela Comissão, durante a fase de habilitação da documentação.

71. Assim, entende ser infundados os demais argumentos trazidos pela empresa Architech em seu Pedido de Reexame.

c.4 – Análise

72. De início, importante frisar que o objeto desses autos é a desclassificação da empresa A3E3, decorrente da inexecução de sua proposta.

73. Assim, em que pese atue nos processos administrativos o princípio da verdade material, entendemos que não há como se exigir da Jurisdicionada a identificação do que ora se alega, razão pela qual os fatos agora abordados não devem influenciar na análise de habilitação já realizada.

74. Ademais, alguns aspectos sobre a alegação da empresa Architech devem ser sopesados, conforme a seguir discorrido.

75. Primeiro, há que se distinguir a abrangência das penalidades tratadas pelos incisos III e IV do art. 87 da Lei de Licitações e pelo art. 7º da Lei nº 10.520/02 (Pregão):

- inciso III do art. 87 da Lei de Licitações: a suspensão temporária para licitar/contratar tem como área de atuação apenas o Órgão que atribuiu a penalidade;
- inciso IV do art. 87 da Lei de Licitações: declaração de inidoneidade para licitar/contratar tem abrangência em toda a Administração Pública, no âmbito das três esferas de governo; e
- art. 7º da Lei nº 10.520/02: impedimento para licitar/contratar com todos os órgãos da esfera governamental.

76. Para fundamentar a informação anterior, transcrevemos trechos de boletins informativos de decisões desta Corte de Contas e do TCU:

Boletim Informativo TCDF nº 6/17

“6. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO. IMPEDIMENTO PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO. ALCANCE DAS PENALIDADES.

‘A suspensão temporária para licitar tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que aplicar a referida punição e o impedimento de licitar e contratar se limita ao ente federativo ao qual pertence o órgão ou entidade sancionadora’. Decisão por maioria.

Processo nº 58/2017-e. Decisão nº 4543/2017.

Precedente TCDF: Decisão nº 527/2017.”

Boletim Informativo TCDF nº 27/17

“2. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ALCANCE DAS PENALIDADES. HABILITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

ECONÔMICOFINANCEIRA. CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL.

1. A sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública produz efeitos perante todos os entes da Administração Pública, nas três esferas de Governo, já a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, opera seus efeitos somente no âmbito da Administração do Distrito Federal, de acordo com o Decreto distrital nº 26.851/2006. (Art. 5º, § 2º, incisos I e II e art. 6º, § 2º).

2. É exigível em edital de licitação a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial e de recuperação extrajudicial para a habilitação dos licitantes, em substituição à certidão negativa da antiga concordata prevista no inciso II do art. 31 da Lei nº 8.666/93, nas situações surgidas após a edição da Lei nº 11.101/2005. Decisão por unanimidade.

Processo nº 32846/2014. Decisão nº 4016/2017.

Precedentes: Item 1: TCDF: Decisão nº 527/2017; TCU: Acórdão 1064/2013 –P. Item 2: TCU: Acórdãos nos 3390/2011-II, 1214/2013-P.”

“Acórdão 2530/2015 – Plenário - TCU

Enunciado

Quanto à abrangência da sanção, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) é pena mais rígida do que a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993), e mais branda do que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993).

Resumo

Em sede de Embargos de Declaração, o TCU analisou suposto paralelismo relacionado com a aplicação das sanções previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93 e no art. 7º da Lei 10.520/02, arguido por sociedade empresária do seguinte modo: “soa mais razoável interpretar o artigo 7º da Lei 10.520 considerando-se a mesma abrangência do inciso III do artigo 87 da Lei 8.666, a não ser que haja a declaração de inidoneidade, hipótese em que haveria abrangência semelhante à constante do inciso IV do artigo 87 da Lei 8.666”. Após conhecer do recurso, o relator afirmou que a questão da abrangência das penalidades previstas nos referidos normativos está pacificada no Tribunal. Mencionando idêntica discussão travada no Acórdão 2.081/2014 Plenário, o relator asseverou que “os dispositivos estão inseridos em leis diferentes e tratam do assunto dando tratamento diferenciado em cada situação”, inexistindo paralelismo de entendimento entre os normativos. Na ótica do relator, a Lei 10.520/02 criou mais



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

uma penalidade que pode integrar-se às sanções previstas na Lei 8.666/93, não havendo antinomia entre elas. Em arremate ao seu posicionamento, o relator aquilatau que “o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) seria pena mais rígida que a mera suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993) e mais branda que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993)” (grifos nossos) . Transcrevendo diversas deliberações que amparavam o seu posicionamento e aduzindo a ausência de contradição pelo fato de não terem sido acolhidas as teses e interpretações apresentadas, o relator concluiu que a recorrente, na verdade, tentava rediscutir o mérito da deliberação recorrida, o que não é admissível na via dos embargos de declaração. Dessa forma, acompanhando o voto da relatoria, o Plenário decidiu conhecer do recurso, para, no mérito, rejeitá-lo.”

77. Registre-se, por outro lado, que o posicionamento preponderante do Superior Tribunal de Justiça¹ é no sentido de que a expressão Administração é abrangente e por isso as sanções previstas no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02 compreendem toda a Administração pública, nas três esferas de governo.

78. Como dito pela própria Recorrente, a empresa Fábrica Civil foi suspensa, com fundamento no art. 87, III, da Lei de Licitações, de participar de certames no período compreendido entre 17/08/2016 e 16/08/2018, tendo como Órgão sancionador a USP.

79. Em que pese a manifesta contradição de entendimentos quanto à área de abrangência da mencionada sanção, importante lembrar que referida penalidade foi aplicada à empresa Fábrica Civil.

80. Outro aspecto abordado pela Requerente, que teria impacto na possibilidade de participação da empresa A3E3, seria uma possível fraude, decorrente da abertura dessa empresa, de modo a burlar o impedimento antes discorrido.

81. Para tanto, demonstrou que as empresas A3E3 e Fábrica Civil possuem sócios e corpo técnico em comum, ainda que não sejam todos. Ademais, têm o mesmo endereço comercial e a mesma atividade profissional.

82. Ocorre, que, ambas as empresas iniciaram suas atividades muito antes da aplicação da penalidade de suspensão temporária. De acordo com dados extraídos do Cadastro de pessoas físicas, jurídicas e seus sócios², o início das atividades dessas empresas se deu em 1991 e 2001.

83. Assim, não havendo impeditivo para as coincidências antes mencionadas e não configurada a hipótese de fraude, não há razões para que a suspensão aplicada à empresa Fábrica Civil abrangesse a A3E3.

d) Falta de Representação Legal da Sociedade – nulidade dos atos

d.1 – Razões recursais

84. Alega a Recorrente que o Sócio André Vasconcelos Laprega, além de assinar todos os documentos de habilitação, propostas técnicas e de



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

preço da empresa A3E3, também assinou Termo de Credenciamento dando poderes ao Sr. Marco Antônio Ferreira Santos para representar a empresa perante a Comissão de Licitação.

85. Ocorre, que a Cláusula 6ª da 10ª Alteração do Contrato Social Consolidada dispõe que a administração e o uso do nome empresarial cabem exclusivamente aos sócios André Vasconcelos Laprega e Eleuza Zampieri, sempre em conjunto.

86. A seguir, transcrevemos a redação da referida Cláusula, conforme informação da Requerente, uma vez que o Contrato Social juntado à Representação exordial (e-doc 2F7E038C-c) não está legível:

*"A administração e uso do nome empresarial cabem exclusivamente aos sócios e administradores ANDRÉ VASCONCELLOS LAPREGA e ELEUZA ZAMPIERI, **SEMPRE EM CONJUNTO**, os quais ficam investidos de todos os poderes necessários à administração e representação da sociedade."*

87. Assim, referido sócio administrador não possuía poderes de representação individual da sociedade, devendo todos os expedientes ser assinados em conjunto pelos sócios administradores.

88. Defende que os atos praticados individualmente por um dos sócios devem ser considerados não apenas nulos, mas inexistentes, devendo a Licitante ser excluída do certame.

89. Notícia, ainda, que o documento A79D1293-c contempla afirmação da empresa A3E3 que somente a "última alteração contratual que confere poderes ao Sócio Administrador André Vasconcelos Laprega para representar a empresa de forma isolada". Essa seria a 11ª Alteração Contratual, assinada em 22/12/2016.

90. Dessa forma, defende que os documentos acostados na presente licitação devem ser considerados nulos, com a consequente inabilitação da empresa Licitante A3E3, especialmente os documentos assinados pelo Sr. Marco Antônio Ferreira Santos, terceira pessoa estranha à sociedade e que não possui qualquer procuração válida para representá-la.

d.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

91. Relembra que esse ponto já foi objeto de apreciação no processo licitatório e em representação oferecida pela A3E3, restando superada na medida em que a Decisão nº 5361/2017 indeferiu o pedido de nulidade dos atos praticados por essa empresa, nestes termos:

"(...) IV – indeferir o pedido de nulidade dos atos praticados pela empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP no âmbito dos autos em exame, em face da deficiência da representação de seu patrono, formulado no requerimento autuado sob o e-doc nº DB405FC-c; (...)"

92. Ademais, como dito no Voto do Relator dos autos, Conselheiro Manoel de Andrade, o art. 76 do Código de Processo Civil/2015 permite a regularização da representação processual, a qualquer tempo.

93. Por fim, ressalta que o sócio André Vasconcelos Laprega detém poderes específicos para representar isoladamente a empresa A3E3, não havendo porque falar em nulidade dos atos praticados por ele.

d.3 – Contrarrazões da CEASA/DF



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

94. A CEASA/DF afirma que o único motivo que teria fundamentado a desclassificação da empresa A3E3 teria sido a inexecutabilidade de sua proposta, tanto é que a empresa foi habilitada pela Comissão, durante a fase de habilitação da documentação.

95. Assim, entende ser infundados os demais argumentos trazidos pela empresa Architech em seu Pedido de Reexame.

d.4 – Análise

96. De início, importante mencionar que a situação relatada pela empresa A3E3, relacionada com a Decisão nº 5361/2017, refere-se a uma outra situação, no caso, a procuração apresentada para impetrar pedido nesta Corte de Contas (e-doc DB405FC-c) fazia menção apenas à possibilidade de o Procurador representar a Outorgante perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF, com o objetivo de impetrar mandado de segurança.

97. No caso, de acordo com o previsto no art. 76 do CPC, a incapacidade processual ou a irregularidade de representação da parte é um vício sanável. Dessa forma considerou o Tribunal, oportunizando à empresa prazo para regularizar a representação processual (item VI da referida Decisão).

98. No caso em exame, verificamos que a apresentação das propostas ocorreu antes da alegada alteração contratual que passou a permitir a representação individual da empresa, por parte do Sr. André Vasconcelos Laprega.

99. Em que pese as decisões judiciais trazidas pela Requerente, no sentido de reconhecer o ato produzido pela empresa A3E3 (representação individual, quando deveria ser em conjunto) como inexistente, entendemos que ele não chegou a produzir efeitos, o que seria efetivado com a consequente contratação.

100. Nesse sentido, entendemos que deve prevalecer o entendimento do art. 76 do CPC, uma vez que o vício verificado poderia ser sanado no momento da celebração contratual.

101. Ademais, a partir de dezembro de 2016 foi conferida capacidade ao referido Senhor para representar individualmente a empresa.

102. Ante o exposto, consideramos que essa questão não é suficiente para desabilitar a proposta apresentada pela empresa A3E3.

e) Licitação – concorrência técnica e preço.

e.1 – Razões recursais

103. Lembrou que a licitação é do tipo Técnica e Preço, com peso de 60% para a nota técnica e 40% para a nota de preço.

104. Acrescentou que a nota técnica da empresa A3E3 foi bem abaixo da obtida pela empresa Architech (2ª colocada) e da primeira colocada. Para se tornar competitiva, a empresa A3E3 teve de dar um desconto tão acentuado que acabou por tornar inexecutável sua proposta. A seguir, informou as notas técnicas obtidas pelas empresas:

- Primeira colocada: nota 98,00
- Segunda colocada: nota 91,75 (Architech)
- Oitava colocada: nota 81,75 (A3E3)



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

105. Nesse sentido, questionou o fato de que, apesar da licitação ser do tipo técnica e preço, o preço acabou determinando a vencedora, fazendo letra morta esse tipo de licitação.

e.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

106. Informa que o cálculo da nota final leva em consideração tanto a parte técnica quanto o preço, com prevalência da nota técnica, na ordem 60/40. Logo, incorreta a assertiva de que se estaria dando maior peso para o menor preço.

107. Cita trecho do Voto do Acórdão nº 1488/2009 – TCU-Plenário, no qual o Ministro Augusto Sherman menciona que a licitação do tipo técnica e preço abre a possibilidade para que, a despeito de apresentarem custos superiores, empresas com técnica mais apurada vençam a disputa.

e.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

108. Não houve posicionamento específico acerca dessa temática.

e.4 – Análise

109. Destacaremos, a seguir, alguns trechos do Edital do certame que estabelecem a metodologia de cálculo da nota final de cada um dos proponentes, com base na nota técnica e na nota de preço, a eles atribuídas:

“8.17. Nota Técnica Total - NT (Mínimo 50, máximo 100 pontos):

8.18. A Nota Técnica Total - NT será obtida a partir da soma das notas relativas à empresa (NEMP) e à equipe técnica (NEQ), conforme a seguinte fórmula:

$$\mathbf{NT = NEMP + NEQ}$$

8.19. Para a definição final da Nota Técnica Total, os valores não inteiros serão considerados somente até a primeira casa decimal, desprezando-se as demais.

(...)

9.7. JULGAMENTO DA PROPOSTA DE PREÇO - A proposta de preço será Avaliada pelo seu preço total, sendo-lhe atribuída uma Nota de Preço (NP), conforme critério exposto a seguir:

I. Será atribuída nota máxima de 100 (cem); à proposta, válida, com o menor preço;

II. Serão atribuídas notas às demais propostas, a partir da seguinte fórmula:

$$\mathbf{NP = mNprx\ 100 / Pr}$$

Em que:

NP = Nota de Preço

mNpr = Proposta de menor preço entre as propostas válidas

Pr = Preço da proposta em análise

(...)

11.3. Cada proposta receberá duas notas de julgamento:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

I. uma Nota Técnica (NT), obtida da documentação apresentada no Envelope nº 2—"Proposta Técnica"; e

II. uma Nota de Preço (NP), obtida da documentação apresentada no Envelope nº 3 - "Proposta de Preço".

11.4. A Nota Final (NF) do licitante será a média ponderada dos dois valores anteriormente referidos, sendo que a Nota Técnica (NT) terá peso de 60% (sessenta por cento) e a Nota de Preço (NP) peso de 40% (quarenta por cento).

11.5. Ao serem calculados as notas e o resultado final, os valores não inteiros serão considerados até a primeira casa decimal, desprezando-se as demais, em todas as etapas do cálculo.

(...)

12. DA CLASSIFICAÇÃO FINAL E DAS REGRAS DE EMPATE

12.1. A nota final a ser considerada no julgamento será a obtida da média ponderada das notas técnica e de preço, de acordo com o estabelecido no §20, inciso II, do art. 46 da Lei 8.666/93.

12.2. A nota final (NF) atribuída às licitantes será obtida pela seguinte fórmula:

$$NF = 0,6 \times NT + 0,4 \times NP$$

Em que:

NF = Nota Final

NT = Nota Técnica

NP = Nota de Preço" (grifos nossos)

110. Como pode ser visto, as regras de classificação foram detalhadamente previstas no Edital, inclusive ponderando um peso maior para a nota técnica.

111. Sem dúvida, se as diferenças entre as notas técnicas foram menores que as verificadas entre as notas de preço, essas últimas podem impactar de forma mais relevante na nota final.

112. No entanto, como dito, isso iria depender da situação verificada na licitação.

113. Ademais, esse não é o momento para a empresa Architech demonstrar insatisfação com qualquer dispositivo previsto no Edital, ainda mais quando essa insatisfação não está afeta a uma irregularidade aparente.

114. Ante o exposto, consideramos improcedente esse questionamento.

f) Descumprimento de edital

f.1 – Razões recursais

115. De início, a Recorrente destaca a vinculação da Administração ao Edital do certame, como forma de segurança para o licitante e para o interesse público.

116. A partir de então transcreve os seguintes itens do Edital: 7.2, 9.3, III a VII, 9.21 a 9.23, 11.1, 12.4 e 21.2.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

117. Também são transcritas perguntas e respostas constantes das notas de esclarecimento da Concorrência, para, ao final, manifestar que a planilha juntada pela empresa A3E3 não cumpre diversas exigências do Edital, não se enquadra no modelo existente no Anexo XII do Edital e nem contempla todos os serviços previstos no item 3 do Termo de Referência - TR.

118. Assim, informa que a proposta da A3E3 não contempla os serviços indicados nos itens 3, 7 e 9 a 20 do TR, que incluíam: elaboração e execução dos serviços de sondagem de 20 metros de profundidade para cada furo, projetos de instalações mecânicas, drenagem e terraplenagem, luminotécnica, instalações GLP, impermeabilização, comunicação visual, dentre outros.

119. A análise feita pela Comissão de Licitação concluiu que não foi apresentada uma planilha analítica, conforme pedido, vez que esta apresentava informações superficiais da composição de custos.

120. Dessa forma, tendo em vista que a planilha não trouxe todos os parâmetros e valores exigidos, além de demonstrar somas e valores divergentes em sua tabela, não houve alternativa a não ser a sua desclassificação.

f.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

121. Alegou que a própria área técnica do Tribunal já se manifestou, por meio da Informação nº 76/2016, no sentido de que a proposta da A3E3 está de acordo com os critérios estabelecidos no item 9.6, III do edital do certame.

122. Ademais aponta que a Recorrente deveria ter suscitado essa questão no decorrer do procedimento licitatório, o que não foi feito, operando-se a preclusão consumativa, nos termos do art. 43, § 5º, da Lei nº 8.666/93.

f.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

123. A CEASA/DF afirma que o único motivo que teria fundamentado a desclassificação da empresa A3E3 teria sido a inexecuibilidade de sua proposta, tanto é que a empresa foi habilitada pela Comissão, durante a fase de habilitação da documentação.

124. Assim, entende ser infundados os demais argumentos trazidos pela empresa Architech em seu Pedido de Reexame.

f.4 – Análise

125. Transcrevemos, a seguir, os dispositivos do Edital suscitados:

“7.2. Os licitantes que deixarem de apresentar quaisquer dos documentos exigidos para a habilitação na presente licitação, os que apresentarem algo em desacordo com o estabelecido neste Edital, ou os que demonstrarem irregularidades, serão inabilitados, não se admitindo complementação posterior. (...)”

9.3. Dentro do ENVELOPE N° 3, o licitante deverá apresentar a sua proposta de preço, atendendo aos seguintes requisitos:

(...)

III. Conter todas as informações conforme modelo Anexo XII deste Edital, constando o preço global e detalhamento de



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

preços proposto expresso em Reais (R\$), em algarismos arábicos e por extenso;

(...)

*VII. Incluir no envelope: **Orçamento contendo todos os serviços/projetos constantes do objeto da licitação e a Composição Analítica do BDI**, conforme Anexo XII deste Edital.*

(...)

9.21. O Orçamento Detalhado deverá discriminar todos os projetos e serviços a serem executados, contendo os seus preços unitários, incluindo os valores para aprovação dos projetos, o preço subtotal, BDI e o preço total da proposta (preço para execução do objeto da presente licitação acrescido do BDI), que atenda aos seguintes requisitos:

I. expressar em Reais (R\$) os valores monetários, com apenas duas casas decimais, desprezando as demais;

II. expressar o BDI em percentual e em Reais (R\$).

9.22. Cada licitante deverá preencher a sua própria planilha de composição analítica do BDI, de acordo com os seus custos próprios, de modo a demonstrar analiticamente a composição do BDI utilizado na formação do preço total da sua proposta.

9.23. No Cálculo do BDI o licitante deverá utilizar a fórmula constante deste Item 9 e levar em consideração as seguintes observações:

I. A doutrina especializada e a jurisprudência do TCU admitem a fixação de percentuais diferenciados de BDI para obras e serviços de engenharia e para itens da planilha orçamentária de natureza diversa (Acórdão 2369/2011—Plenário);

II. Por determinação do Acórdão TCU n.º 950/2007-Plenário, na elaboração do BDI, não serão computados o IRPJ/IRPF e a CSLL, por serem tributos diretos, cujo ônus deverá recair exclusivamente sobre a CONTRATADA.

(...)

11.1. O julgamento da presente licitação, que obedecerá ao critério do tipo Técnica e Preço, será regido em estrita observância do disposto no artigo 46, § 21 da Lei nº8.666/93 e realizado conforme abaixo:

I. Fase de Classificação Técnica: conforme definida, compreenderá a verificação e análise de todos os elementos contidos nos envelopes "Documentos relativos à Proposta Técnica" das licitantes habilitadas na fase anterior, atribuindo-se uma Nota Técnica para cada proposta, conforme critérios definidos no Item 8 deste Edital;

II. Fase de Classificação de Preços: compreenderá a verificação e análise de todos os elementos contidos no envelope "Proposta de Preço" das licitantes classificadas nas fases anteriores, conforme critérios definidos no item 9;



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

III. Julgamento Final: serão considerados o resultado da Nota Técnica e o da Nota de Preços a fim de encontrar o resultado da Nota Final de cada proposta, conforme critérios definidos nos Itens 11 e 12 deste Edital.

(...)

12.4. Será considerada a proposta mais vantajosa e, conseqüentemente, declarada vencedora, aquela que, satisfazendo a todas as exigências e condições deste Edital e Anexos, apresentar a maior Nota Final.

(...)

21.2. No preço, oferecido pelo licitante, deverão estar inclusas todas as despesas necessárias à perfeita e completa realização dos serviços, conforme especificações do Item 9 deste Edital e Anexo 1, Especificações Técnicas.

126. O citado Anexo XII do edital apresenta o detalhamento e a fórmula de cálculo do BDI, bem como destaca a necessidade de que o orçamento detalhado discrimine todos os projetos e serviços a serem executados, contendo seus preços unitários, valor correspondente ao BDI, subtotais e o preço total da proposta. No entanto, não relaciona os serviços a realizar.

127. Em que pese o item 3 do Termo de Referência apresente tal relação, discriminada em 21 serviços, os Anexos VIII e IX do edital que trazem os modelos de apresentação dos integrantes da equipe técnica, trazem outro desdobramento dos serviços a realizar, subdivididos em 10 grupos.

128. Pelo que se observou dos volumes 27 e 28 do Processo nº 071.000.271/2015 (documentos associados ao e-TCDF), a proposta da empresa A3E3 foi a única detalhou seus custos nesses 10 grupos.

129. Ademais, somente após diligenciada a empresa trouxe o detalhamento dos preços unitários constantes de sua proposta (juntado à Informação nº 76/2017, e-doc 2E3156D3-e). Mesmo assim, observa-se que os valores do custo dos serviços, somados ao BDI, não coincidiam com o total da proposta.

130. Assim, apesar da Comissão de Licitação da CEASA/DF ter concluído que a empresa A3E3 não esclareceu a exequibilidade da proposta, outras falhas foram identificadas: “a empresa trouxe aos autos informações superficiais de composição de custos, além de estarem incoerentes na coluna ‘resultado’”.

131. Por outro lado, a análise procedida pela Informação nº 76/2017 levamos a entender que a proposta da empresa A3E3 contém todos os serviços a serem executados, ainda que apresentados em agregação distinta.

132. Ante o exposto, entendemos que a proposta apresentada pela empresa A3E3, apesar de ser a de menor preço, não detalhou seu preço de acordo com os serviços previstos no edital (item 3 do termo de referência), gerando dúvidas quanto à inclusão de todos esses serviços na proposta.

133. Além disso, as falhas apresentadas na proposta chegam a gerar dúvidas sobre a capacidade da empresa de executar os serviços previstos.

**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

134. Com relação à composição do BDI, tendo em vista haver tópico específico para essa análise (o seguinte), não será aqui abordado.

g) Descumprimentos no preenchimento do BDI**g.1 – Razões recursais**

135. De início, destacou os itens 9.3, III e IV, 9.22 e 9.23 do Edital e apresentou o detalhamento do BDI da empresa A3E3, conforme segue:

ITEM	% DO BDI
Administração Central	3,80
Lucro	6,64
Despesas financeiras	1,02
Seguros, riscos e garantias	5,00
Seguros	0,16
Garantias	0,16
Riscos	0,50
Tributos	10,65
ISS	
PIS	
COFINS	
Total	26,14

136. A seguir, passou a questionar os itens do BDI da empresa A3E3:

- Seguros, riscos e garantias: o valor adotado nesse tópico deveria ser a soma das parcelas, ocorre que, enquanto o valor total desse item é 5%, a soma das parcelas corresponde a 0,82%, significando uma anomalia no cálculo;
- Tributos: além de não ter sido apresentado o detalhamento desse item, o valor alocado (10,65%) é muito abaixo da tabela VI do Simples Nacional, a qual a empresa supostamente faz parte. Conforme declaração juntada pela própria empresa, a mesma faturou em 2016 R\$ 269.501,29. De acordo com o Anexo VI da Lei nº 123/2006, tal faturamento corresponderia a uma alíquota de 17,72%;
- Após informar que o Acórdão nº 2369/2011– TCU – Plenário, utilizado como referência no item 9.23 do Edital, foi alterado pelo Acórdão nº 2622/2013 – TCU – Plenário, comparou o detalhamento do BDI da empresa A3E3 com esse último Acórdão, indicando que o BDI da empresa não respeitaria os limites impostos pelo referido julgado;
- Administração Central: considera o percentual de 3,8% incompatível com as 15 reuniões previstas para ocorrer, conforme item 5.15 do Edital.

g.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

137. Questiona a argumentação da Recorrente no sentido de haver superfaturamento na proposta da A3E3, uma vez que a proposta da Architech era superior em cerca de R\$ 400 mil.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

138. Assim, considera a fundamentação trazida pela Recorrente completamente inconcebível, principalmente por ser uma questão já abordada pelo Tribunal.

g.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

139. A CEASA/DF afirma que o único motivo que teria fundamentado a desclassificação da empresa A3E3 teria sido a inexecutabilidade de sua proposta, tanto é que a empresa foi habilitada pela Comissão, durante a fase de habilitação da documentação.

140. Assim, entende ser infundados os demais argumentos trazidos pela empresa Architech em seu Pedido de Reexame.

g.4 – Análise

141. Mais uma vez, a proposta apresentada pela empresa A3E3 não demonstrou contemplar o cuidado necessário com as informações encaminhadas, haja vista os percentuais indicados para os itens seguro, garantia e riscos não estarem compatíveis com o total do item.

142. Ademais, considerando os percentuais informados na proposta da A3E3 e a fórmula de cálculo indicada para o BDI (e-doc 2F7E038C-c), o percentual encontrado seria 31,18% e não os 26,14% apresentados pela empresa.

143. Registre-se que o item 9.25 do Edital possibilita a correção de discrepâncias que resultem em redução do valor da proposta, o que não é o caso. Nessa situação, valeria o total do BDI informado pela empresa (26,14%), que redundou no orçamento do serviço.

144. De toda forma, assim como na análise do tópico anterior, a proposta apresentada pela empresa A3E3 contempla falhas.

145. Por outro lado, importante citar jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União³ no sentido de que a análise isolada do percentual de BDI, no caso acima do referencial, não significa superfaturamento, desde que o preço (custo + BDI) esteja compatível com o praticado pelo mercado. Situação essa analisada na Informação nº 76/2017.

h) Cotação em índice não oficial para o DF – CPOS.

h.1 – Razões recursais

146. Informou que os preços foram cotados e apresentados utilizando índice não oficial para o DF, uma vez que teria tomado por base índice elaborado pela Companhia Paulista de Obras e Serviços de São Paulo.

147. Questiona o fato da não utilização do Sistema Nacional de Pesquisas de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, uma vez que esse referencial de custos é recomendado tanto pelo TCU quanto por essa Corte de Contas.

148. Para sustentar essa informação cita o Decreto nº 7.983/2013 e a Decisão nº 54/2016-TCDF.

h.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

149. Não se manifestou acerca desse ponto.

h.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

150. Não se manifestou acerca desse ponto.

h.4 – Análise



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

151. Da informação encaminhada, não fica claro qual orçamento teria sido elaborado com base em índice da Companhia Paulista de Obras e Serviços. No entanto, ao mencionar os referenciais adotados pelos Tribunais de Contas, dá a entender que esteja questionando o orçamento estimativo produzido pela CEASA/DF.

152. Observa-se, por outro lado, de acordo com a digitalização constante do volume 4 do Processo nº 071.000.271.2015 (documentos associados), que esse orçamento estimativo foi elaborado por meio de cotação junto a empresas do ramo.

153. Por outro lado, a análise de exequibilidade realizada pela Informação nº 76/2017 (2E3156D3-e) levou em consideração valores de mão-de-obra adotados pelo Sinapi e demais custos associados com a prestação de serviços de consultoria, conforme tabela do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT.

154. Por fim, no que se refere à formação dos preços, as empresas têm a liberdade de montar suas tabelas com base na própria experiência de custos, desde que atendam aos critérios estabelecidos pelo Edital.

155. Ante o exposto, fica claro que não foram juntados aos autos subsídios suficientes para respaldar o questionamento da empresa Architech.

i) Descumprimento do item 9.21 do Edital

i.1 – Razões recursais

156. Referido item do Edital requer que o orçamento seja detalhado, discriminando todos os projetos e serviços a serem executados, contendo seus preços unitários.

157. Alegou que, dos 21 serviços constantes do Edital, apenas 7 foram detalhados.

i.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

158. Não se manifestou acerca desse ponto.

i.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

159. A CEASA/DF afirma que o único motivo que teria fundamentado a desclassificação da empresa A3E3 teria sido a inexecutabilidade de sua proposta, não sendo encontrados outros motivos para sua desclassificação, tanto é que a empresa foi habilitada pela Comissão, durante a fase de habilitação da documentação.

160. Assim, entende ser infundados os demais argumentos trazidos pela empresa Architech em seu Pedido de Reexame.

i.4 – Análise

161. Esse tópico acaba sendo repetitivo, quando comparado com o item “f” desta Informação, razão pela qual entendemos desnecessários comentários adicionais.

162. Apenas para efeito de esclarecimento, importante retificar que o detalhamento da proposta da empresa A3E3 foi desmembrado em 10 itens de serviço, e não 7, como afirmado pela Requerente.

j) Análise da planilha adotando o valor SINAPI somado ao custo do BDI apresentado pelo licitante (BDI de 26,14%).

j.1 – Razões recursais



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

163. De acordo com a Recorrente, ao valor unitário de cada um dos serviços deveria ser acrescentado o percentual de BDI de 26,14%.

164. Dessa forma, os custos unitários dos 7 itens que foram detalhados pela empresa A3E3 estariam superfaturados, totalizando R\$ 757.946,90.

i.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

165. Não se manifestou acerca desse ponto.

i.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

166. A CEASA/DF afirma que o único motivo que teria fundamentado a desclassificação da empresa A3E3 teria sido a inexecutabilidade de sua proposta, tanto é que a empresa foi habilitada pela Comissão, durante a fase de habilitação da documentação.

167. Assim, entende ser infundados os demais argumentos trazidos pela empresa Architech em seu Pedido de Reexame.

i.4 – Análise

168. Em síntese, por meio desse tópico, a Recorrente questiona a análise de executabilidade da proposta da empresa A3E3, realizada no âmbito da Informação nº 76/2017 (2E3156D3-e).

169. No seu entender, deveria ser adotado o percentual de BDI proposto pela A3E3.

170. Ocorre que citada Informação buscava encontrar valores referenciais, razão pela qual utilizou os valores de mão-de-obra adotados pelo Sinapi e demais custos associados com a prestação de serviços de consultoria, conforme tabela do DNIT.

171. Na sequência, alegou a Architech que a planilha da empresa A3E3 não relacionou os custos de todos os serviços previstos no Edital e que, para os que foram relacionados, esses valores estavam superestimados.

172. No que cabe à avaliação sobre a proposta da empresa A3E3, conforme comentado anteriormente, referida proposta não seguiu o detalhamento listado no item 3 do termo de referência, deixando dúvidas sobre a inclusão de todos os serviços previstos no edital do certame, no orçamento por ela apresentado.

173. Daí decorrem duas hipóteses:

a) se todos os serviços do edital estiverem presentes na proposta da A3E3, ela seria executável e a mais vantajosa para o Erário, tendo em vista que os valores referenciais individuais de cada um dos dez itens eram inferiores aos da proposta da A3E3 e que, mesmo assim, o valor total dessa proposta foi o menor de todas as apresentadas; e

b) se todos os serviços do edital **não** estiverem presentes na proposta da A3E3, além de ela não atender ao previsto no certame, os serviços por ela previstos estão superfaturados, haja vista que o preço previsto para cada um deles é maior que o valor referencial obtido.

174. Pelo que se percebe da análise de executabilidade constante da Informação nº 76/2017, o entendimento lá exposto foi o da hipótese “a”.

175. Por não termos elementos suficientes para deliberar, ratificamos posicionamento anterior desta Informação, no sentido de que as falhas constantes da proposta da empresa A3E3 são capazes de colocar em dúvida sua capacidade de execução.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

k) Desenquadramento no Simples Nacional

k.1 – Razões recursais

176. Todos os quatro sócios da empresa A3E3 possuem outras empresas, sendo necessário diligência para que se comprove o atendimento aos requisitos da Lei nº 123/2006.

177. Em nenhum momento houve juntada completa das documentações referentes ao faturamento das empresas.

178. Apesar de se alegar que a empresa Borges e Mendes Construção e Incorporação Ltda., que tem como sócio o Sr. André Vasconcelos Laprega, seja uma sociedade de propósito específico – SPE, para o art. 3º, § 4º, da Lei nº 123/2006 apenas importa o faturamento da empresa, pouco importando o objetivo para o qual ela foi constituída.

179. Outras empresas dos sócios são: Eleuza Zampieri (Fábrica Civil Engenharia de Projetos S/S Epp) e André Garbellini Soave (Arquiorama Arquitetura e Urbanismo Ltda. ME).

180. Ainda segundo a Recorrente, para ser observado o tratamento jurídico diferenciado, previsto na Lei nº 123/2006, devem somados os faturamentos de todas as empresas, não podendo superar o valor de R\$ 4,8 milhões.

181. A responsabilidade da atualização do desenquadramento é do próprio empresário, porém as Cortes de Contas já estariam averiguando expediente com o objetivo de impedir a fraude.

182. Assim, em respeito ao art. 3º, § 9º, da Lei Complementar nº 123/2006 e ao art. 11 do Decreto nº 6.204/2007, requer que seja promovida diligência destinada a esclarecer se a empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. EPP preenche os requisitos para ser enquadrada no Simples Nacional, de modo a ter direito aos benefícios da Lei nº 123/2006. E, caso seja verificado o não atendimento, que sejam encaminhados ofícios aos órgãos competentes e que seja aberto processo administrativo para apurar a tentativa de fraude, tanto na Lei nº 123/2006, quanto na Lei de Licitações.

k.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

183. Considera esse questionamento o mais absurdo e leviano, pois aborda aspecto impertinente, com base em falsas premissas, e que já foi rechaçado pela Corte.

184. A seguir, passa a retratar a situação de cada um dos sócios, da qual se extraiu:

- André Vasconcelos Laprega: sócio administrador da A3E3. É tão somente administrador da sociedade empresária Borges & Mendes Construção e Incorporação Ltda. – SPE, uma vez que não possui cotas ou participação societária;
- Eleuza Zampieri: sócia administradora da A3E3 e da Fábrica Civil Engenharia e Projetos S/S EPP;
- André Garbellini Soava: sócio cotista da A3E3 e sócio individual da Arquiorama Arquitetura e Urbanismo Ltda. – ME; e
- Marcio Antonio Rosseto da Cunha: ex-sócio cotista da A3E3. Retirou-se da sociedade em 30/12/2016, conforme 11ª Alteração do Contrato Social.

185. Feitos esses esclarecimentos, inicia sua manifestação argumentando que a empresa Borges & Mendes Construção e



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

Incorporação Ltda. – SPE não deve entrar no cálculo da receita bruta, uma vez que o Senhor André Vasconcelos Laprega não faz parte do seu quadro societário.

186. Com relação ao faturamento das demais empresas, informa que a A3E3 e a Fábrica Civil, juntas, não possuem metade do faturamento anual de R\$ 4,8 milhões.

187. Já a Arquiorama, por ser uma microempresa, não pode ter faturamento superior a R\$ 360 mil.

188. Ante o exposto, seriam improcedentes os argumentos trazidos pela Architech.

k.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

189. A CEASA/DF afirma que o único motivo que teria fundamentado a desclassificação da empresa A3E3 teria sido a inexequibilidade de sua proposta, tanto é que a empresa foi habilitada pela Comissão, durante a fase de habilitação da documentação.

190. Assim, entende ser infundados os demais argumentos trazidos pela empresa Architech em seu Pedido de Reexame.

k.4 – Análise

191. O art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 assim dispõe sobre o enquadramento das microempresas e empresas de pequeno porte:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade. “ (grifos nossos) ”

192. Por outro lado, o Decreto nº 8.538/2015⁴, que regulamenta o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, assim estabelece acerca do enquadramento da empresa nos benefícios de que trata a mencionada Lei:

“Art. 13. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como:

I - microempresa ou empresa de pequeno porte se dará nos termos do art. 3º, caput, incisos I e II, e § 4º da Lei Complementar nº 123, de 2006; (...)

§ 1º O licitante é responsável por solicitar seu desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte quando houver ultrapassado o limite de faturamento estabelecido no art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, no ano fiscal anterior, sob pena de ser declarado inidôneo para licitar e contratar com a administração pública, sem prejuízo das demais sanções, caso usufrua ou tente usufruir indevidamente dos benefícios previstos neste Decreto.

§ 2º Deverá ser exigida do licitante a ser beneficiado a declaração, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, microempreendedor individual, produtor rural pessoa física, agricultor familiar ou sociedade cooperativa de consumo, estando apto a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos art. 42 ao art. 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

193. Em que pese o não atendimento às condições de enquadramento possa ser contestado de ofício, caberia à Recorrente trazer elementos consistentes no sentido de demonstrar que a receita bruta somada das empresas dos sócios da A3E3 supera os R\$ 4,8 milhões.

194. Nesse contexto, cabe frisar que essa Corte atua em decorrência de representações e/ou denúncias de terceiros, diante da apresentação de irregularidades, ilegalidades ou abusos identificados, e não, no sentido de atender diligências dos mesmos.

195. Ademais, quando da análise de recurso administrativo pleiteado pela empresa A3E3, a Comissão de Licitação da CEASA/DF se manifestou conforme consta na página seguinte:



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DO DISTRITO FEDERAL S. A.
Seção de Licitações e Contratos



financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

20. Uma vez que a empresa A3E3 declarou que seu faturamento ficou abaixo dos limites de uma ME, e levando-se em conta que, ao se somarem todos os faturamentos declarados de A3E3, Fábrica Civil e Arquiorama para o ano de 2016, todo o faturamento ainda permanece abaixo dos limites de uma EPP, e considerando-se o limite dos documentos apresentados nos autos, em tese não há motivos legais para a comissão não aceitar os esclarecimentos prestados enquanto diligência de nº 01 (apresentação de faturamento de todas as empresas cujos sócios são os mesmos da A3E3).

21. Outrossim, a comissão não encontrou nos documentos apresentados no processo as vedações listadas no §4º, acima exposto.

22. Há de se observar que a Comissão consultou, junto ao SIASG/SICAF o quadro societário e a participação societária de todos os CPF's dos sócios da empresa A3E3 (Sra. Eleuza Zampieri, Sr. Marco Antônio Rosseto da Cunha, Sr. André Garbellini Soave e Sr. André Vasconcelos Laprega). O sistema traz a informação de que somente a sra. Eleuza Zampieri detém empresas diversa da A3E3 (no caso, Fábrica Civil).

23. Outrossim, não aparece no SIASG/SICAF informações de empresa chamada "Borges e Mendes Construção e Incorporação SPE (CNPJ 14.405.100/0001-02).



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

196. Ante o exposto, entendemos que não procede a alegação da Recorrente.

I) Equívoco quanto à aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006.

I.1 – Razões recursais

197. Alega que o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte não é absoluto, como quer fazer crer a empresa A3E3.

198. O art. 49, III, da Lei dispõe que o tratamento diferenciado somente tem lugar quando “não for vantajoso para a administração pública” ou quando não “representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado”.

199. Discorre, ainda, que, como não há previsão no preâmbulo do Edital, não há a aplicação dessa Lei, mesmo porque tal não é absoluta.

200. Por fim, infere não ter havido empate no certame, situação que confere preferência a esse tipo de empresa, conforme dispõe o art. 5º do Decreto nº 8538/2015, que regulamentou a Lei nº 123/2006.

201. Acrescenta que, apesar da Lei não fazer qualquer menção ao tipo de licitação técnica e preço, o § 8º do art. 5º do Decreto nº 8538/2015 dispõe que o empate nesse tipo de licitação levará em consideração o resultado da ponderação entre técnica e preço, sendo facultado à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta inferior.

202. Como o preço ofertado pela A3E3 foi inferior ao da ora Requerente, não houve empate, não merecendo prosperar o inconformismo da empresa A3E3.

I.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

203. Insinua que a Architech, propositadamente, não faz menção que o art. 47 da Lei nº Complementar nº 123/2006, citado por ela, foi alterado pela posterior Lei Complementar nº 147/2014, que também é posterior aos normativos distritais citados (Lei nº 4.611/2011 e Decreto nº 35.592/2014).

204. Segundo mencionado artigo, aplica-se a legislação federal enquanto não sobrevier legislação estadual ou municipal mais favorável à microempresa e à empresa de pequeno porte.

205. Assim, a falta de disciplina sobre o tipo licitação técnica e preço em dispositivo local não pode ser entendida como disposição inaplicável no âmbito desta Unidade da Federação.

206. Na sequência defende não ser necessário que o edital do certame repita os pontos em que a conduta jurídico-administrativa decorre diretamente da lei, conforme disposto nos Votos que subsidiaram os Acórdãos nºs 702 e 2144/2007- Plenário-TCU.

207. Assim, não há outra conclusão que a aplicação da Lei Complementar nº 123/2006, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 147/2014, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.538/2015, ao certame em tela.

I.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

208. Entende ser possível a aplicação do direito de preferência às ME/EPP, mesmo nas licitações do tipo técnica e preço, haja visto ser um



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

direito assegurado constitucionalmente, sendo inviável a sua vedação pela mera escolha quanto ao tipo de licitação eleita.

209. Ademais, ressalta que o edital de licitação previu de maneira clara o tratamento diferenciado às empresas ME/EPP, não havendo que se falar em equívoco na aplicação da Lei Complementar nº 123/2006.

1.4 – Análise

210. De início, importante observar que a necessidade de tratamento diferenciado para as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) foi estabelecida constitucionalmente, por meio do inciso IX do art. 170 e do art. 179.

211. Ademais, mediante a instituição do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123/2006, posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 147/2014) foram introduzidos dispositivos específicos na Lei nº 8.666/1993, de modo a realçar referido direito nas licitações públicas, a exemplo do art. 5º, a seguir transcrito:

“Art. 5º -A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.”

212. Acerca da Lei Complementar nº 123/2006, importante destacar dois dispositivos relacionados à amplitude de atuação dessa Lei Nacional:

*“Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte **no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, especialmente no que se refere:*

(...)

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

*Parágrafo único. **No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.**”*

213. Como visto, tais dispositivos deixam claro que referida Lei Complementar tem abrangência nacional, podendo as demais esferas de governo estabelecerem condições mais favoráveis às EPP's e ME's.

214. A nível distrital, os instrumentos que objetivaram regular o já mencionado tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte foram a Lei nº 4.611/2011 e o Decreto nº 35.592/2014.

215. Feitas essas considerações iniciais, passemos a enfrentar os questionamentos da Recorrente.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

216. O primeiro ponto refere-se à necessidade de haver previsão no instrumento convocatório para possibilitar a aplicação dos benefícios previstos para as EPP's e ME's.

217. A esse respeito vale destacar, inicialmente, como já relatado, que o tratamento diferenciado a esses tipos de empresas está explícito na Constituição, em leis específicas e em decretos regulamentadores. Para tanto, não é necessário que o edital reproduza todos esses aspectos.

218. Nesse sentido, transcrevemos trecho do Voto que fundamentou o Acórdão nº 2144/2007-Plenário/TCU:

“2. É certo que para maior esclarecimento dos participantes as regras editalícias deveriam deixar claro o procedimento adotado para concessão da preferência legal, inclusive no que concerne ao disciplinamento da forma de comprovação da licitante para identificar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte.

3. Entendo, contudo, conforme consignei no despacho concessivo da cautelar, que tal requisito não se fazia obrigatório. De fato, em uma análise mais ampla da lei, observo que seu art. 49 explicita que os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte previstos em seus arts. 47 e 48 não poderão ser aplicados quando “não forem expressamente previstos no instrumento convocatório”. A lei já ressaltou, portanto, as situações em que seriam necessárias expressas previsões editalícias. Dentre tais ressalvas, não se encontra o critério de desempate com preferência para a contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme definido em seus arts. 44 e 45 acima transcritos.

4. A existência da regra restringido a aplicação dos arts. 47 e 48 e ausência de restrição no mesmo sentido em relação aos arts. 44 e 45 conduzem à conclusão inequívoca de que esses últimos são aplicáveis em qualquer situação, independentemente de se encontrarem previstos nos editais de convocação.

5. Vê-se, portanto, que não houve mera omissão involuntária da lei. Ao contrário, caracterizou-se o silêncio eloqüente definido pela doutrina.”

219. A dúvida tratada nesse tópico e abordada no trecho antes transcrito decorre do fato de que, tanto o Decreto regulamentador federal (Decreto nº 8.538/2015) quanto o distrital (Decreto nº 35.592/2014) trazerem dispositivo requerendo previsão no instrumento convocatório, dos critérios de tratamento diferenciado, a ver:

Decreto nº 8.538/2015

“Art. 11. Os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte deverão estar expressamente previstos no instrumento convocatório.”

Decreto nº 35.592/2014

“Art. 2º As licitações públicas do Distrito Federal devem observar, em benefício das entidades preferenciais, especialmente o seguinte:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

I – direito de preferência como critério de desempate na fase de julgamento das propostas e o direito de saneamento quanto à regularidade fiscal após declaradas vencedoras;

II – licitações exclusivas nas contratações com valores estimados até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

III – cota reservada nas licitações para aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível até 25% do valor estimado; e

IV – subcontratação compulsória até o limite de 30% (trinta por cento) do valor do objeto.

§ 1º O tratamento favorecido e diferenciado previsto nos incisos II, III e IV deste artigo será concedido no percentual mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) do gasto público com contratações, aferidos por exercício financeiro e unidade orçamentária, conforme previsto nos artigos 23 e 43, inciso II, ambos da Lei nº. 4.611/2011.

§ 2º O tratamento favorecido e diferenciado não poderá ser aplicado em favor de entidade que, em decorrência do valor da licitação a que estiver concorrendo, venha a auferir faturamento que acarrete o seu desenquadramento da condição de microempresa.

§ 3º Os critérios de tratamento diferenciado devem estar expressamente previstos no instrumento convocatório.”

220. Ocorre, que tal exigência objetivou atender apenas os casos listados no art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, cuja redação original assim expressava:

*“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública **poderá** realizar processo licitatório:*

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível. “ (grifos nossos)

221. Tanto é que a redação atualizada da LC nº 123/2006, decorrente de alteração procedida pela LC nº 147/2014, além de revogar o inciso I do art. 49, alterou a faculdade tratada no art. 48 para uma exigência. A seguir o texto atual:

“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

*I - **deverá** realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

*III - **deverá** estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.*

(...)

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

~~I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;"~~

222. Assim, por exemplo, o direito de preferência citado no inciso I do art. 2º do Decreto Distrital nº 35.592/2014 e nos arts. 17 a 22 da Lei nº 4.611/2011 não requer disposição específica no instrumento convocatório.

223. Outro questionamento desse tópico refere-se à não ocorrência do denominado empate ficto, haja visto que o valor ofertado pela empresa A3E3 já era o menor entre os proponentes.

224. No tópico seguinte é discorrido em detalhe essa possibilidade, principalmente por se tratar de licitação do tipo "técnica e preço".

225. O posicionamento lá defendido é que, tanto a Lei Complementar nº 123/2006 quanto a Lei nº 8.666/1993, de âmbito nacional, dão respaldo para o empate ficto nesse tipo de licitação.

226. Ademais, o critério de classificação a ser adotado entre as proponentes é a média ponderada das propostas técnicas e de preço.

227. Assim, é possível que aconteça o empate ficto, mesmo que a proposta inicial ofertada pela A3E3 seja a menor, uma vez que o referencial a ser verificado é a ponderação entre as notas de técnica e preço.

m) Aplicação da Lei Distrital nº 4.611/2011 e do Decreto Distrital nº 35.592/2014.

m.1 – Razões recursais

228. A aplicação do Decreto Federal nº 8.538/2015, no âmbito de outras esferas governamentais, somente é possível quando inexistir regulamento específico do Ente, tornando-se apenas um norte sobre a sua aplicabilidade. Para ratificar esse posicionamento transcreveu o § 1º do art. 1º e o art. 12 do referido Decreto.

229. Ademais, a possível aplicação deveria estar expressamente prevista no instrumento convocatório, conforme dispõe o art. 11 do mesmo Decreto.

230. Dessa forma entende ser impossível a aplicação do Decreto na licitação em análise. Por outro lado, ressalta que em âmbito distrital tal questão encontra-se regida pela Lei Distrital nº 4.611/2011 e pelo Decreto Distrital nº 35.592/2014.

231. Ambos dispositivos não tratam a questão da licitação técnica e preço, o que inviabiliza o tratamento diferenciado no Distrito Federal, pois essa deve ter sido a vontade do legislador.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

m.2 – Contrarrazões da empresa A3E3

232. *Esse ponto foi tratado pela empresa A3E3, em conjunto com o anterior, razão pela qual repetiremos os argumentos já apresentados.*

233. *Insinua que a Architech, propositadamente, não faz menção que o art. 47 da Lei nº Complementar nº 123/2006, citado por ela, foi alterado pela posterior Lei Complementar nº 147/2014, que também é posterior aos normativos distritais citados (Lei nº 4.611/2011 e Decreto nº 35.592/2014).*

234. *Segundo mencionado artigo, aplica-se a legislação federal enquanto não sobrevier legislação estadual ou municipal mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte.*

235. *Assim, a falta de disciplina sobre o tipo licitação técnica e preço em dispositivo local não pode ser entendida como disposição inaplicável no âmbito desta Unidade da Federação.*

236. *Na sequência, defende não ser necessário que o edital do certame repita os pontos em que a conduta jurídico-administrativa decorre diretamente da lei, conforme disposto nos Votos que subsidiaram os Acórdãos nºs 702 e 2144/2007- Plenário-TCU.*

237. *Assim, a Lei Complementar nº 123/2006, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 147/2014, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.538/2015, deveria ser aplicada ao certame em tela.*

m.3 – Contrarrazões da CEASA/DF

238. *Entende ser possível a aplicação do direito de preferência às ME/EPP, mesmo nas licitações do tipo técnica e preço, haja visto ser um direito assegurado constitucionalmente, sendo inviável a sua vedação pela mera escolha quanto ao tipo de licitação eleita.*

239. *Ademais, ressalta que o edital de licitação previu de maneira clara o tratamento diferenciado às empresas ME/EPP, não havendo que se falar em equívoco na aplicação da Lei Complementar nº 123/2006.*

m.4 – Análise

240. *Ainda relacionado com o tópico anterior, a abordagem aqui tratada começa por questionar a aplicação de benefícios para as ME's e EPP's, quando a licitação for do tipo técnica e preço, haja vista que os dispositivos distritais não abordam esse tipo de situação e que tal situação decorria da vontade do legislador.*

241. *Para efeito de análise, iniciaremos com a transcrição das partes que interessam da Lei Complementar nº 123/2006 (atualizada) e do Decreto nº 8.538/2015:*

LC 123/2006 (grifos nossos)

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.”

Decreto nº 8.538/2015 (grifos nossos)



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

“Art. 5º Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

*§ 8º Nas licitações **do tipo técnica e preço**, o empate será aferido levando em consideração o resultado da **ponderação entre a técnica e o preço na proposta** apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a **possibilidade de apresentar proposta de preço inferior**, nos termos do regulamento.”*

242. Na sequência, vemos como ficou definida a matéria em âmbito distrital:

Lei nº 4.611/2011 (grifos nossos)

“Art. 21. O direito de preferência será concedido quando, após a abertura e a classificação das propostas nas licitações convencionais ou após a fase de lances no pregão, for verificado que o menor preço não foi apresentado por microempresas e empresas de pequeno porte e, entre os demais classificados, houver proponente com direito de preferência.

*§ 1º O **intervalo do direito de preferência é de até 10% (dez por cento) superior ao menor preço**, nas licitações convencionais, e de até 5% (cinco por cento) nas licitações realizadas na modalidade de pregão.*

*§ 2º As entidades preferenciais, autoras das propostas que estiverem no intervalo do direito de preferência, serão convocadas, com observância da ordem de classificação, **para exercerem o direito de cobrir a proposta de menor preço, oferecendo proposta de menor valor.**”*

Decreto nº 35.592/2014 (grifos nossos)

“Art. 3º Nos processos de licitação do tipo menor preço, o pregoeiro e a comissão de licitação deverão conceder às entidades preferenciais, na fase do julgamento da proposta, o direito de preferência previsto no artigo 4º, e, no julgamento da habilitação, o direito de saneamento previsto no artigo 6º.

Art. 4º O direito de preferência será concedido quando, após a abertura e a classificação das propostas nas licitações convencionais ou após a fase de lances no pregão, for verificado que o menor preço não foi apresentado por microempresas e empresas de pequeno porte e, entre os demais classificados, houver entidades preferenciais.

*§ 1º O **intervalo do direito de preferência é de até 10% (dez por cento) superior ao menor preço**, nas licitações convencionais e nas regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, e de até 5% (cinco por cento) nas licitações realizadas na modalidade de pregão.*

§ 2º As entidades preferenciais, autoras das propostas que estiverem no intervalo do direito de preferência, serão convocadas, com observância da ordem de classificação,



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

para exercerem o direito de cobrir a proposta de menor preço, oferecendo proposta de menor valor.”

243. Além dos dispositivos anteriores, importante lembrar o que traz a Lei nº 8.666/1993 acerca do procedimento de seleção de licitação do tipo “técnica e preço”:

“Art. 46 (...)

§ 2º Nas licitações do tipo “técnica e preço” será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.”

244. Como visto, a Lei Complementar nº 123/2006, de caráter nacional, estabelece os casos de desempate, em razão de percentual da proposta dos proponentes, sem fazer qualquer delimitação de caso específico.

245. Ademais, a Lei nº 8.666/1993, também de âmbito nacional, é clara ao apontar a média ponderada das propostas técnicas e de preço como critério de classificação das proponentes, nos certames que envolvem licitação do tipo “técnica e preço”.

246. Assim, em que pese os dispositivos distritais não tenham regulamentado a questão do empate para esse tipo de situação, deve ser seguido o que foi estabelecido de caráter geral.

247. Para tanto, por analogia ao que foi definido no Decreto nº 8.538/2015, nas licitações do tipo técnica e preço, o empate deve ser aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre a técnica e o preço, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior.

248. Registre-se que, conforme disposto no parágrafo único do art. 47 da mencionada Lei Complementar, transcrito no § 211 desta Informação, às demais esferas da federação cabe ampliar os benefícios às ME's e EPP's, se assim entenderem pertinente, jamais reduzir.

249. Ante o exposto, não deve prevalecer o entendimento da Recorrente acerca desse questionamento.

Ao final de seu exame, o Órgão Instrutivo sugeriu ao e. Plenário os seguintes encaminhamentos:

I. conhecer da presente instrução, bem como das peças que se prestam à análise desta fase processual;

II. dar parcial provimento ao Pedido de Reexame interposto pela empresa Architech Consultoria & Planejamento Ltda., conforme indicado no § 251 desta Informação, de modo que sejam revistas as deliberações constantes dos itens VII e VIII da Decisão nº 5361/2017, as quais passam a conter a seguinte redação:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

a) considerar improcedente a Representação formulada pela empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP;

b) autorizar às Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. – CEASA/DF a dar continuidade à execução do Contrato de Prestação de Serviços nº 01/2017-CEASA/DF;

III. dar ciência da decisão que vier a ser proferida às empresas A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP e Architech Consultoria & Planejamento Ltda., bem como às Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. – CEASA/DF;

IV. autorizar o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento para os devidos fins.

Chamado aos autos para se manifestar (peça 177), o *Parquet* de contas, divergindo do posicionamento do Corpo Técnico, opinou da seguinte forma (peça 180):

“93. Nos termos da manifestação acima, **preliminarmente**, entendemos que deva ser determinado à CEASA que proceda à anulação da Concorrência 7/2016, uma vez que o edital infringiu o que dispõe o art. 7º, II, da Lei 8.666/1993, bem como o art. 40, X do referido dispositivo legal, além de que a pesquisa de preços não utilizou os índices oficiais, a exemplo do SINAPI, alertando ainda a CEASA para que novo edital observe as disposições legais acima, bem como, exercendo o juízo de conveniência e oportunidade, verifique a possibilidade de lançar novo certame somente a partir de 2019, visto que se avizinha possíveis mudanças de Governo em razão do processo eleitoral que ocorrerá em outubro próximo, o que poderá impactar na presente licitação.

94. Caso reste superada a preliminar, pensamos que a denegação do Mandado de Segurança da empresa A3E3 não tem o condão de impactar as decisões do TCDF no que tange a presente matéria, conforme recorrido anteriormente. Todavia, como não restaram algumas questões esclarecidas, entendemos que o Tribunal:

a) em relação à possibilidade de a empresa não se enquadrar nos critérios do simples nacional e, por consequência, não ter direito aos benefícios das MEs e EPPs, deva, primeiramente, instar a empresa A3E3 para demonstrar, com documentos válidos, que ela, conjuntamente, com a outra empresa Fábrica Civil Engenharia e Projetos S/S EPP preenchem os requisitos legais. E, em caso de negativa da empresa em apresentar os referidos documentos, sugere-se ao TCDF oficial aos órgãos competentes para colher os elementos necessários, a fim de se determinar a veracidade dos fatos;

b) quanto à possibilidade de fraude, deva ser diligenciado ao órgão apenador para que encaminhe cópia do processo administrativo (ou informações), a fim de se verificar a possibilidade de a Sra. Eleuza Zampieri ter entrado na sociedade da empresa A3E3, com a intenção de evitar que a possível penalidade a ser imposta contra empresa Fábrica Civil lhe impedisse de atuar em licitações; e

c) sobreste o exame do mérito, até o esclarecimento das questões acima.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

É o Relatório.

VOTO

Cuidam os autos de representação da sociedade empresária A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP contra supostos atos ilegais praticados pela Comissão Especial de Licitação (CEL/CEASA) e pela Presidência da Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. – CEASA/DF no processamento da Concorrência nº 7/2016, cujo objeto consiste na elaboração de projetos de arquitetura e engenharia nas etapas de estudos preliminares, projeto básico, projeto executivo e serviços complementares, para a construção do Mercado Central de Brasília (peça 3).

Em síntese, insurge-se a representante contra ato praticado pela CEASA/DF, consistente **na desclassificação de sua proposta de preço por inexequibilidade**.

A Corte, em sede de exame meritório, por meio da Decisão nº 5.361/2017 (peça 122), considerou parcialmente procedente a exordial para, com fundamento no artigo 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei nº 1/1994, determinar às Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. **que adotasse as providências necessárias à anulação do ato de desclassificação da empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. EPP**, no âmbito da Concorrência nº. 07/2016 – CEASA, bem como dos eventuais atos dela decorrentes, e procedesse ao retorno do processo à fase imediatamente anterior.

Na Sessão Ordinária nº 5002, de 21/11/2-17, em virtude dos embargos opostos pela ARCHITECH (peça 129), a redação do item V do aludido *decisum* foi alterada pela Decisão nº 5621/2017, no sentido de determinar à empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP que, no prazo de 15 (quinze) dias, regularizasse sua representação processual nos autos em exame, deixando, contudo, de suspender os autos, tendo em vista a flagrante possibilidade de danos ao erário com a aplicação da citada medida.

Irresignada com a deliberação plenária, a ARCHITECH interpôs pedido de reexame (peça 144) pleiteando, **preliminarmente**, a nulidade das Decisões nºs 5.361/2017 e 5.621/2017, por não terem enfrentado todos os argumentos trazidos à baila nas fases pretéritas.

E, se superada a preliminar, a Recorrente pugnou no sentido de que:

“3) Seja apurada a possível fraude, conforme explicado no item IV.c, com a devida declaração de idoneidade para contratar com a Administração;



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

- 4) *Seja declarada inabilitada por não ter sido representada por qualquer pessoa com poderes de representação, conforme explicado no item IV. d;*
- 5) *Sejam analisadas as informações dos itens IV.e até IV.l, declarando desclassificada a proposta da empresa A3E3;*
- 6) *Seja diligenciado e verificado se a empresa Licitante A3E3 tem direito aos benefícios previstos em lei, haja vista que 'todos as 04 (quatro) sócios da empresa possuem diversas outras sociedades, conforme explicado no item IV.k;*
- 7) *Seja aplicada a Lei Distrital Nº 4.611/2011 e a Decreto Distrital Nº 35.592, em conformidade com a previsão da Lei Complementar Federal Nº 123/2006 e Decreto Federal Nº 8.538/2015), não havendo em que se falar em benefício de desempate a ME e EPP em caso de Licitações de Técnica e Preço, conforme explicado no item IV.l e item IV.m;*
- 8) *Seja declarada inexequível a proposta apresentada, não seguindo a Lei 8.666/93 e/ou as regras editalícias e, por consequência, seja confirmada a decisão da Comissão que resultou na empresa ARCHITECH CONSULTORIA E PLANEJAMENTO LTDA como a primeira colocada, devendo ser permitido a consumação da execução do contrato."*

Com vistas a fundamentar os seus pleitos, a Architech, por meio do item IV de sua peça recursal, apresentou os seguintes argumentos:

- (i) existência de demanda judicial com idêntico objeto e causa de pedir (Mandado de Segurança nº 070061008.2017.8.07.0018), com decisão definitiva de mérito divergente da posição adotada por este Tribunal, devendo prevalecer o entendimento exarado pelo Poder Judiciário (**alíneas "a" e "b"**);
- (ii) suspeita de tentativa de fraude à licitação, pois a empresa A3E3 possui como sócia majoritária a Sra. Eleuza Zampieri, que também exerce a mesma condição na empresa Fábrica Civil Engenharia de Projetos – EPP, possuidora lá de 98% do capital da empresa, que, entre 17/08/2016 e 16/08/2018, encontrava suspensão de participar de qualquer certame, com base na sanção prevista no art. 87, III, da Lei de Licitações. Nesse sentido, considera suspeito e temerário a contratação de empresa cuja representante já provou não ser idônea, além de que é prática que está se tornando usual, o sócio de empresa declarada inidônea burlar tal sanção ao criar nova empresa (**alínea "c"**);
- (iii) os atos praticados individualmente pelo Sócio André Vasconcelos Laprega, em nome da Sociedade Empresária A3E3, no âmbito do Certame ora em exame, devem ser considerados não apenas nulos, mas inexistentes, pois aludido senhor não tinha poderes para assinar os documentos de habilitação, propostas



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

técnicas e de preço da licitante, bem assim assinar Termo de Credenciamento dando poderes ao Sr. Marco Antônio Ferreira Santos para representar a empresa perante a Comissão de Licitação, na medida em que a Cláusula 6ª da 10ª Alteração do Contrato Social Consolidada não lhe dava poderes para representar individualmente a sociedade (**alínea “d”**);

(iv) descaracterização da licitação do tipo técnica e preço, na medida em que, ao agasalhar o direito de desempate no bojo de um certame regido pela técnica e o preço, estar-se-ia aceitando que a disputa passe a ser gerida preponderantemente pelo menor preço, fazendo letra morta o tipo de licitação (**alínea “e”**);

(v) a proposta de preços ofertada pela A3E3 encontra-se em desconformidade com os itens 7.2; 9.3 "III a VII"; 9.21, 9.22; 9.23; 11.1; 12.4; 2 e Notas de Esclarecimentos do Edital, além de ferir os artigos 43, IV e V; 44; 46 §22 da Lei 8.666/1993 (**alínea “f”**);

(vi) o BDI - Benefícios e Despesas Indiretas – previsto na proposta de preços da Representante não atende o previsto no instrumento convocatório (**alínea “g”**);

(vii) cotação em índice não oficial para o DF – CPOS; descumprimento do item 9.21 do Edital; e Análise da planilha adotando o valor SINAPI somado ao custo do BDI apresentado pelo licitante (26,14%) (**alínea “h”, “i” e “j”**);

(viii) a A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. EPP não demonstrou sua condição de Empresa de Pequeno Porte, na medida em que todos os seus 4 (quatro) sócios possuem outras empresas, sendo necessário diligência para que se comprove o atendimento aos requisitos da Lei 123/2006, em especial o item V do § 4º do seu art. 3º, que veda o direito ao tratamento favorecido e diferenciado para a pessoa jurídica que possui sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) (**alínea “k”**);

(ix) inexistência de empate ficto, pois a proposta de preço ofertada pela A3E3 é INFERIOR ao da recorrente (R\$ 1.524.570,00), não se amoldando ao art. 44 da LC 123/2006, que prever que o direito ao desempate no caso de a proposta da



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

entidade preferencial ser IGUAL ou SUPERIOR à proposta melhor classificada (R\$ 1.755.229,76) (**alínea “I”**); e

(x) não aplicabilidade do direito de desempate no caso em exame (licitação do tipo TÉCNICA E PREÇO), na medida em que devem prevalecer as disposições da Lei 4611/2011 e do Decreto 35.592/2014, que restringem o aludido benefício às licitações do tipo MENOR PREÇO (**alínea “m”**).

Devidamente científicas da admissão do referido Pedido de Reexame (peças 124 e 125), apresentaram contrarrazões recursais tanto a jurisdicionada (peça 158) como a sociedade empresária A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP (peça 169).

Em sua manifestação a CEASA (peça 158) esclareceu que:

(i) em que pese a independência das esferas administrativa e judicial, a decisão proferida em primeira instância pela 1ª VFP trata-se de verdadeira decisão judicial de mérito, que se torna imperativa e vinculante às partes participantes do processo judicial;

(ii) é possível a aplicação do direito de preferência as ME/EPP mesmo nas licitações do tipo técnica e preço, haja vista ser um direito assegurado constitucionalmente, sendo inviável a sua vedação pela mera escolha quanto à modalidade da licitação eleita; e

(iii) os demais argumentos apresentados pela empresa ARCHITECH são infundados e não merecem prosperar.

Nesses termos, a jurisdicionada requereu a continuidade do processo licitatório, evitando prejuízos decorrentes da demora em sua implantação.

Por seu turno, a A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP (peça 169) registra que:

(i) todas as argumentações que a Empresa Architech alega não terem sido objeto de análise já foram superadas, inclusive, no procedimento licitatório, no qual a CEASA/DF considerou todas improcedentes;



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

(ii) não há que se falar na existência de coisa julgada material, tampouco em contrariedade de decisões entre o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF);

(iii) a Fábrica Civil não participou da licitação em questão, além de que a suspensão do direito de licitar se restringe à Universidade de São Paulo - USP, sem contar que o fato de um dos sócios ser coincidente entre as empresas não altera em nada a participação legítima e legal da Empresa A3E3;

(iv) o Sócio Administrador ANDRÉ VASCONCELOS LAPREGA, detém os poderes específicos para representar isoladamente a Empresa A3E3, ao passo que não há que se falar em nulidade dos atos praticados por ele, por falta de representação legal;

(v) em que pese ter tido uma Nota menor que a da Empresa Architech, em alguns itens foi muito superior, o que para o certame é indiferente, pois o que se pretende é contratar-se pelo menor preço sem deixar de lado a qualidade;

(vi) o cálculo da receita bruta está restrito a 3 (três) empresas (A3E3 Arquitetura e Construção - EPP, Fábrica Civil Engenharia e Projetos S/S - EPP e Arquiorama Arquitetura e Urbanismo Ltda.), pois o senhor André Vasconcellos Laprega não faz parte do quadro societário da empresa Borges & Mendes Construção e Incorporação Ltda. - SPE, além de que o faturamento das três empresas não supera o faturamento anual previsto na LC 123/2006;

(vii) que o direito de preferência, no caso de empate ficto, está estampado no art. 47 da LC nº 123/2006.

(viii) no tocante ao descumprimento dos termos editalícios e do preenchimento do BDI - Benefícios e Despesas Indiretas - EDITAL ITENS 9.3, 9.22, a A3E3 limitou-se a declarar que as matérias já se encontram superadas, não cabendo qualquer discussão nesse momento processual.

(ix) por fim, requereu a) o *“não acolhimento das alegações contidas no pedido de reexame interposto pela Empresa Architech Consultoria & planejamento Ltda.; e conseqüentemente, a sua TOTAL IMPROCEDENCIA, mantendo incólume as Decisões nº*



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

5361/2017 e nº 5621/2017, acertadamente proferidas por esta E. Corte de Contas do Distrito Federal”; e b) “a notificação imediata da CEASA/DF para que dê cumprimento aos termos da Decisão no 5.361/2017, relacionadas com o processamento regular da Concorrência no 07/20 16 - CEASA.”

Ao examinar a documentação juntada aos autos pelas partes, o Corpo Técnico (peça 172 – Informação nº 33/2018) considerou **improcedentes** os argumentos constantes do item IV do Pedido de Reexame alusivos às suas alíneas “c” (suspeita de tentativa de fraude); “d” (falta de representação legal da Sociedade); “e” (Licitação – técnica e preço); “h” (cotação em índice não oficial para o DF – CPOS), “k” (desenquadramento do Simples Nacional); “l” (equivoco quanto à aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006) e “m” (aplicação da Lei Distrital nº 4.611/2011 e Decreto Distrital nº 35.592/2014).

Por outro lado, avaliou como **procedentes** os referentes às alíneas “a” (escolha da via judicial); “b” (inversão lógica do sistema constitucional processual (coisa julgada); “f” (descumprimento de edital); “g” (descumprimento no preenchimento do BDI); i) (descumprimento do item 9.21 do Edital); e “j” (análise da planilha adotando o valor SINAPI somado ao custo do BDI apresentado pelo licitante (26,14%).

Ao final do seu exame, a SEACOMP deu parcial provimento ao Pedido de Reexame interposto pela empresa Architech Consultoria & Planejamento Ltda., e propôs deliberação no sentido de que sejam revistas as deliberações constantes dos itens VII e VIII da Decisão nº 5361/2017, as quais passariam a conter a seguinte redação: *“a) considerar improcedente a Representação formulada pela empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP; b) autorizar as Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. – CEASA/DF a dar continuidade à execução do Contrato de Prestação de Serviços nº 01/2017-CEASA/DF.”*

O *Parquet* especial aquiesceu às conclusões da Unidade Instrutiva em relação às alíneas “d”, “e”, “h”, “l”, e “m”; parcialmente concordou no tocante às alíneas “f”, “g”, “i” e “j”; e divergiu quanto às alíneas “a”, “b”, “c”, “e” e “k”.

Nesse diapasão, tendo em conta os pontos divergentes em relação ao Corpo Instrutivo, o MPJTCDP pugnou:

- (i) pela continuidade do exame meritório em relação à exequibilidade da proposta da A3E3, pois não existe conflito entre



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

as decisões no mandado de segurança e no TCDF (**alíneas a e b**);

(ii) por diligência junto ao órgão apenador para que encaminhe cópia do processo administrativo (ou informações), a fim de se verificar a possibilidade de a Sra. Eleuza Zampieri ter entrado na sociedade da empresa A3E3 com a intenção de evitar que a possível penalidade a ser imposta contra a empresa Fábrica Civil lhe impedisse de atuar em licitações (**alínea “c”**);

(iii) pela anulação da concorrência, ou, alternativamente, a Ceasa deve analisar a possibilidade de revogá-la por motivo de oportunidade e conveniência, a fim de lançar novo edital sem as falhas mencionadas (**alíneas “f”, g”, “i” e “j”**); e

(iv) por instar a empresa A3E3 para demonstrar, com documentos válidos, que ela, conjuntamente com a empresa Fábrica Civil Engenharia e Projetos S/S EPP, preenchem os requisitos legais, de forma a obter os benefícios de microempresas ou de empresas de pequeno porte (**alínea “k”**).

Passo a examinar o mérito do pedido de reexame.

Em relação à **preliminar** de nulidade das Decisões nºs 5.361/2017 e 5.621/2017, considero-a improcedente, pois, conquanto os argumentos trazidos em sede de recurso nominado e de contrarrazões sejam importantes para o deslinde do presente feito, consoante discutir-se-á nos tópicos seguintes, as aludidas deliberações plenárias, de forma acertada, limitaram-se à análise do mérito da matéria trazida na exordial, ou seja, regularidade da decisão da CEL/CEASA que desclassificou a A3E3 por inexequibilidade de sua proposta.

Superada a questão preliminar, avanço no exame dos demais argumentos contidos na peça recursal.

Ao compulsar os autos, verifico que assiste razão ao Corpo Técnico quanto à procedência dos argumentos constantes do **item IV, alíneas “a” e “b”** da peça recursal.

Com efeito, a jurisprudência mais recente desta Corte de Contas é no sentido de que, excepcionalmente, *“havendo identidade de objeto e causa de pedir entre as demandas apresentadas no âmbito desta c. Corte de Contas e dos Tribunais Judiciais, a decisão de mérito tomada no Poder Judiciário repercute inevitavelmente naquela a ser adotada no Tribunal de Contas, em razão da unidade da jurisdição”* (Boletim de Informação TCDF nº 4/2017).



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

Para isso ocorrer, faz-se necessária a existência de três elementos, quais sejam (i) identidade de objeto; (ii) identidade da causa de pedir; e (iii) decisão de mérito.

No caso, entendo não haver dúvidas no tocante à identidade de objeto e da causa de pedir dos presentes autos e do MS nº 0700610-08.2017.8.07.0018, sendo que a questão a ser esgotada diz respeito especificamente **à incursão ou não no mérito da *questão* por parte do Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública** quando da prolação da sentença de primeiro grau.

Desse modo, o raciocínio é simples, i.e., se a sentença de primeiro grau, cujo objeto e causa de pedir é idêntica a dos presentes autos, não adentro no mérito do mandado de segurança, pode-se concluir que não fez coisa julgada material. E se não houve coisa julgada material, o Tribunal de Contas tem competência constitucional para examinar o mérito da demanda.

Ao analisar a Sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública do DF, constato que a questão da legalidade da desclassificação da proposta de preço da A3E3 por inexecutabilidade foi devidamente examinada pela MM. Juíza, Dra. CRISTIANA TORRES GONZAGA.

A i. Magistrada inicia sua sentença expondo de forma clara e objetiva a matéria a ser examinada:

“A3E3 ARQUITETURA E CONSTRUÇÃO LTDA - EPP impetrou o presente mandado de segurança contra ato da Presidente da Comissão de Licitação da Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. - CEASA/DF, Sra ROBERTA S. BRITO DE NAZARÉ e o Presidente da Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. - CEASA/DF - JOSÉ DEVAL DA SILVA

Segundo alega, em ato complexo, as autoridades impetradas classificaram como inexecutável, indevidamente, a melhor proposta oferecida pela impetrante e decidiram manter habilitada em primeiro lugar no processo licitatório a empresa Architec Consultoria e Planejamento Ltda.

*Sustenta, em síntese, que a violação do seu direito líquido e certo de ser contemplada no processo licitatório, **por haver apresentado a melhor proposta de preço global, tem assento na desconsideração dos parâmetros legais ou editalícios para a consideração de inexecutabilidade (Lei 8.666/93, art. 45, §1º) e, ainda, na consideração de que sua proposta seria inexecutável por estar apenas R\$ 5.301,18 abaixo do menor preço aceitável e sem oportunizar a apresentação de garantia adicional, prevista no artigo 48, §2º, II da Lei 8.666/93.***

Argumenta que, para concluir pela inexecutabilidade de sua proposta, a autoridade impetrada vale-se da conclusão de diligência que "examinou os documentos apresentados de forma superficial, confusa, desconectada de qualquer razoabilidade, pertinência ou



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

mesmo em desacordo com qualquer parâmetro legal ou editalício anterior".

Sustenta que houve afronta ao devido processo legal porque não foi observado o seu direito de demonstrar os parâmetros de sua estratégia comercial capazes de evidenciar a exequibilidade de sua proposta e porque a análise quanto à capacidade financeira da empresa em cumprir o contrato amplia demasiadamente o âmbito de discricionariedade do administrador." (grifei)

Ao analisar a matéria, a meritíssima traz ao corpo da sentença os exatos termos do art. 48 da Lei de Licitações, que trata do critério objetivo para considerar uma proposta inexecutável, consoante trecho abaixo transcrito:

"Com efeito, a questão não se restringe à possibilidade ou não de a Administração imiscuir-se nos critérios contábeis e comerciais da empresa privada; mas diz respeito à economia de tempo e recursos públicos, que serão poupados caso o contrato seja firmado a partir de uma proposta comercialmente viável. É interesse administrativo, não só que o contrato seja executado de modo a garantir a satisfação dos interesses do contratante e do contratado, **mas principalmente a prevenção contra o risco de a obra deixar de ser integralmente concluída, o que é possível prever se a proposta revela-se muito inferior à média de mercado e aos limites objetivamente previstos em lei.**

O critério objetivo para o caso em apreço revela-se adequado, na medida em que reflete a viabilidade do cumprimento das obrigações assumidas considerando a realidade financeira do mercado

A lei fixa o limite de valor que não seja inferior a 70% da média das propostas apresentadas acima de 50% do valor orçado pela Administração ou ao próprio valor orçado, nos seguintes termos:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutáveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que comprove que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§1º Para todos os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecutáveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou*
- b) valor orçado pela administração."*

Indo além, a Douta. Juíza aborda a questão acerca da possibilidade de a licitante demonstrar a exequibilidade de sua proposta a partir da abertura da proposta, por meio da apresentação de documentos capazes de



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

constatar a possibilidade de realização do objeto do contrato apesar do lucro reduzido, consoante trecho abaixo transcrito:

“No caso, a impetrante alega ofensa ao seu direito líquido e certo de ser contemplada como vencedora no procedimento licitatório de que participou para a execução de obras a serem contratadas pela CEASA. Entende que, apesar de sua proposta ter sido R\$ 5.301,18 mais baixa que o percentual exigido pela lei (artigo 48, §1º da Lei 8.666/93), é exequível e mais vantajosa que aquela apresentada pela empresa considerada vencedora no certame.

É verdade, entretanto, que a leitura do caput do artigo 48 da Lei 8.666/93 indica a possibilidade de a licitante demonstrar a exequibilidade de sua proposta a partir da abertura da proposta, apresentando documentos capazes de constatar a possibilidade de realização do objeto do contrato apesar do lucro reduzido. No entanto, o que se extrai dos autos é que houve a análise desses documentos pela comissão licitante que, entretanto, concluiu pela inexistência de lucro ou prejuízo da empresa em vários itens do contrato, confirmando a tese da inexecuibilidade.”

Portanto, ao se manifestar naquele feito, a i. magistrada extraiu que:

- (i) a proposta de preços ofertada pela A3E3 estava abaixo dos limites fixados pela lei de licitações, no seu art. 48 (inferior a 50% do orçamento); e
- (ii) a documentação carreada aos autos não demonstra a exequibilidade de sua proposta, concluindo que “**não houve qualquer abuso ou irregularidade** na análise dos documentos apresentados pela impetrante.

Vale dizer, o Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal entendeu que a desclassificação da empresa A3E3 por inexecuibilidade de sua proposta de preços pela CEL/CEASA ocorreu nos limites delineados pela Lei nº 8.666/1993.

Essa conclusão é corroborada pela decisão proferida pela Douta Desembargadora do TJDF que, ao analisar os embargos de declaração opostos pela ARCHITECH, declarou que o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública **analisou o mérito da demanda**, nos termos do excerto abaixo transcrito:

“Da análise dos autos, verifica-se que a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal (ID n. 2015947) analisou o mérito da demanda e indeferiu o pedido da impetrante, A3 E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP, de reconhecer a “ilegalidade da Decisão subscrita pelos Impetrados, que determinou a desclassificação da proposta da Empresa Licitante da Concorrência Pública CP 007/20016 – CEASA/DF” (ID n. 2015885, p. 26) e, por conseguinte, denegou a segurança.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

Ao final de sua decisão, o i. desembargadora reconsiderou a decisão anteriormente proferida no sentido de homologar a desistência do recurso de apelação requerida por A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP, extinguindo o feito sem resolução de mérito, nos termos dos arts. 485, VIII, e 998 do CPC, para homologar o pedido de desistência do recurso, formulado pela parte recorrente, com base no art. 998 do CPC, **para que produzisse seus efeitos jurídicos e legais**. Transcrevo, o trecho da decisão que importa:

“1. Decisão de ID n. 2607388 homologou a desistência do recurso de apelação requerida por A3 E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP no ID n. 2536137, extinguindo o feito sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 485, VIII, e 998 do CPC.

(...)

Da análise dos autos, verifica-se que a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal (ID n. 2015947) analisou o mérito da demanda e indeferiu o pedido da impetrante, A3 E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP, de reconhecer a “ilegalidade da Decisão subscrita pelos Impetrados, que determinou a desclassificação da proposta da Empresa Licitante da Concorrência Pública CP 007/20016 – CEASA/DF” (ID n. 2015885, p. 26) e, por conseguinte, denegou a segurança.

Nada obstante, tendo em vista o pedido de desistência do recurso de apelação formulado por A3 E3 Arquitetura e Construção Ltda. (ID n. 2536152), no exercício de direito subjetivo próprio, não há exame dos fundamentos que ditaram o convencimento do magistrado a quo, mantendo-se incólume a r. sentença.

Deve prevalecer a sentença proferida pelo Juízo de origem que denegou a segurança.

Ressalta-se, por oportuno, conforme relatado, que foi juntada aos autos procuração da referida empresa com poderes especiais para desistir (ID n. 2808834), razão pela qual inexistiu óbice à homologação da desistência do recurso de apelação, haja vista a existência de poderes para tal finalidade conferidos ao patrono da requerente.

Verifica-se, portanto, a presença de contradição no dispositivo da decisão embargada que, a despeito de homologar a desistência do recurso de apelação interposto pela impetrante, ora embargada, extinguiu o feito sem resolução de mérito.

Diante disso, o acolhimento dos presentes embargos de declaração é medida que se impõe, a fim de, atribuindo-lhes efeitos modificativos, homologar a desistência do recurso de apelação requerida no ID n. 2536152 e confirmada no ID n. 2808790, mantendo-se integralmente os fundamentos da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal (ID n. 2015947), que indeferiu o pedido da impetrante e denegou a segurança.

Por fim, em razão do acolhimento dos embargos de declaração, homologando o pedido de desistência, consoante as razões acima alinhavadas, nada a prover em relação aos pedidos cautelares deduzidos na petição de ID n. 2817775 apresentada por Architech Consultoria & Planejamento Ltda.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

3. Com essas razões, conheço e acolho os presentes embargos de declaração para, atribuindo efeitos modificativos ao julgado, sanar a contradição existente entre a fundamentação e o dispositivo da decisão. Diante disso, onde se lê: “homologo a desistência requerida pela parte no ID n. 2536137, extinguindo o feito sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 485, VIII, e 998 do CPC”, leia-se: “homologo o pedido de desistência do recurso, formulado pela parte recorrente no ID n. 2536137, com base no art. 998 do CPC, para que produza seus efeitos jurídicos e legais”.

Diante do exposto, entendo não haver dúvidas de que ocorreu a devida incursão no mérito da demanda, de que cuida o MS 0700610-08.2017.8.07.0018, por parte do 1º Juízo da Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, situação a qual prejudica o exame de mérito da matéria no âmbito desta Corte de Contas.

Outrossim, ainda que se considere não ter havido coisa julgada material no âmbito do aludido mandado de segurança, entendo que a Decisão nº 5.361/2017 (peça 122) deve ser reexaminada por esta Corte.

A uma, porque o principal motivo que poderia implicar anulação da decisão adotada pela CEL/CEASA no sentido de desclassificar a A3E3 do certame, por inexecutabilidade da proposta de preços, bem assim contrapor a sentença proferida pelo Juízo da 1º VFP, que considerou regular o aludido ato desclassificatório, não mais subsiste, na medida em que o Corpo Técnico se retratou quanto à superestimativa do valor da obra, considerando-o compatível com o de mercado, consoante pode ser constatado por intermédio do cotejo entre a Informação nº 76/2017 (peça 40) e a Informação nº 127 (peça 96), ambas da DIACOMP2 (Tabela abaixo)

Informação nº 76/2017 (peça 40)	Informação nº 127 (peça 96)
<i>“A análise efetuada mostrou que, mesmo com os prejuízos apontados pela Comissão de Licitação nos itens “Projeto de Instalações Elétricas” e “Projeto de Lógica e Telefonia”, nos montantes de R\$ 7.059,36 e R\$ 14.432,37, a proposta apresentada pela empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP é a que melhor atende ao Interesse Público, proposta mais vantajosa, uma vez que está de acordo com os critérios estabelecidos no item 9.6, III, do edital do certame, ou seja, conforme demonstrado na planilha constante no parágrafo 42 desta instrução, <u>seus custos com mão de obra são compatíveis com os salários de mercado (sob a ótica do SINAPI e do DNIT, encargos sociais e despesas indiretas).</u>”</i>	<i>“Ao analisar as novas informações prestadas, <u>entende-se que, de fato, a contratação não terá como produto projetos de galpões industriais, o que permite concluir, com base nos valores constantes da referência ‘CUB/m²’, que os valores propostos pelas licitantes estão em conformidade com o preço de mercado.</u> (...)”</i>



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

A duas, porque, alinhando-me ao entendimento do Corpo Técnico, verifico a procedência dos argumentos constantes das alíneas “f”, “g”, “i” e “j” do item IV da peça recursal, os quais apontam para inexecutabilidade da proposta ofertada pela A3E3.

Realmente, a proposta da A3E não detalhou o seu preço de acordo com o item 3 do Termo de Referência, gerando dúvidas quanto à inclusão de todos os serviços previstos no edital.

Além disso, os percentuais inseridos para os itens seguro (0,16%), garantia (0,16%) e riscos (050%) não estão compatíveis com o total do item, pois o percentual indicado foi de 5%, ao passo que, considerando os percentuais informados para as aludidas rubricas, o correto seria é 0,82%.

É importante destacar ainda que, instada a se manifestar, a A3E3, em suas contrarrazões, manteve-se silente em relação ao tema.

Diante do exposto, em consonância com o Corpo Instrutivo, entendo que a Decisão nº 5.361/2017 (peça 122), modificada parcialmente pela Decisão nº 5.621/2017, deve ser revista para considerar improcedente a exordial ofertada pela empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. EPP, autorizando a continuidade da contratação levada a efeito pela CEASA.

Passo ao exame dos argumentos contidos nas alíneas “e”, “l” e “m” do item IV do pedido de reexame.

Verifico que a viabilização do exercício do direito de preferência em licitações que conjugam critérios técnicos e preço parece trazer algumas dificuldades operacionais no âmbito dos processos de contratação pública.

Tais dificuldades decorrem do fato de o parâmetro de desempate que legitima o exercício do direito de preferência ser o “fator preço”, o que leva a conclusões equivocadas de que (i) o direito de preferência das entidades preferenciais somente se aplica na licitação do tipo menor preço; e (ii) o exercício desse direito só ocorre nas hipóteses de preço idêntico (empate real) ou 10% (licitação tradicional) ou 5% (pregão) superior à proposta mais bem classificada (empate ficto).

Neste ponto, preliminarmente, cabe destacar que os artigos 44 e 45 da LC nº 123/2006 devem ser interpretados de modo a se adaptarem ao tipo de licitação pertinente (menor preço, técnica e preço e melhor técnica), sem, entretanto, inovar no parâmetro de desempate, que é o “fator preço”, porquanto o direito de preferência é um benefício constitucionalmente assegurado às MPE's, independentemente do tipo de licitação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

Em relação ao primeiro ponto, conquanto haja opiniões doutrinárias divergentes², verifico que a matéria já se encontra pacificada no âmbito federal, dado o advento do Decreto nº 7.174/2010³ e, posteriormente, do Decreto nº 8.538/2015⁴, os quais **expressamente** preveem a possibilidade de aplicação do direito de preferência às micro e pequenas empresas (MPE's) nas licitações do tipo técnica e preço.

No tocante ao segundo ponto, considero plenamente legal e factível o exercício do direito de preferência no caso de a MPE ofertar a menor proposta de preço.

Ao versar sobre o direito de preferência para as MPE's, a norma considerou como "empate" apenas as situações típicas de uma licitação do tipo menor preço (**preço igual e preço até 10% superior**), deixando de versar acerca da hipótese em que a MPE oferte um **preço inferior** a todas as demais licitantes.

Isso, de modo algum, significa que a norma afastou o exercício do direito de preferência no caso de a MPE ter ofertado o menor preço, na medida em que, nessa hipótese em particular, simplesmente não haveria motivo para se invocar o direito de preferência, haja vista que essa condição, *per si*, é suficiente para que a entidade preferencial se consagre vencedora do certame.

Outrossim, nas licitações do tipo técnica e preço, diferentemente do caso anterior, mesmo ofertando a menor proposta de preço e ter obtido a nota mínima prevista no edital, a MPE não se garante como vencedora do certame, pois o resultado final da licitação é uma ponderação entre os fatores preço e técnica.

Logo, conquanto a lei não tenha previsto expressamente essa hipótese em particular, em virtude da sistemática adotada pela norma, deve-se

² **Marçal Justen Filho e Jessé Torres Pereira Junior** entendem que o direito de preferência é cabível apenas quanto apurado empate ficto nas licitações do tipo menor preço. (in direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06 e o Tipo Técnica e Preço, Revista Zenite de Licitações e Contratos – ILC, agosto de 2010)

³ "Art. 8º O exercício do direito de preferência disposto neste Decreto será concedido após o encerramento da fase de apresentação das propostas ou lances, observando-se os seguintes procedimentos, sucessivamente:

(...)

§ 2º **Nas licitações do tipo técnica e preço**, a nova proposta será exclusivamente em relação ao preço e deverá ser suficiente para que o licitante obtenha os pontos necessários para igualar ou superar a pontuação final obtida pela proposta mais bem classificada."

⁴ Art. 5º Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

§ 8º **Nas licitações do tipo técnica e preço**, o empate será aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre a técnica e o preço na proposta apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior, nos termos do regulamento.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

oportunizar à MPE ofertar preço suficiente para que obtenha os pontos necessários para igualar ou superar a pontuação final obtida pela proposta mais bem classificada.

A uma, pelo simples fato de a MPE ter preferência na contratação de bens e serviços públicos. **A duas**, porque as hipóteses de empate ficto pela equivalência ou pela superioridade do preço até 10%, por uma questão de lógica, também abarca a hipótese de preço inferior.

Por fim, entender cabível o direito de preferência das entidades preferenciais no âmbito das licitações do tipo técnica e preço, mormente quando se ofertar preço inferior ao da empresa de médio/grande porte classificada em primeiro lugar, além de garantir o tratamento favorecido desejado pelo legislador, também favorece a relação custo-benefício para a Administração Pública, na medida em que o exercício do direito de preferência implica redução do preço do objeto desejado pelo contratante, sem entretanto abrir mão da exigível exequibilidade da proposta de preço⁵, bem assim da necessária capacidade técnica para a execução do objeto⁶.

No que se refere à aplicabilidade da legislação distrital (**item IV, alínea “m do recurso**), alinho-me ao entendimento da SEACOMP e do MPJTCDF quanto à improcedência do recurso.

Observo que, no âmbito do Distrito Federal, o art. 20 da Lei distrital nº 4.611/2007 e o art. 3º do Decreto Distrital nº 35.592/2014, estabelece expressamente o direito de preferência somente à licitação do **tipo menor preço**:

Art. 20 da Lei nº 4611/2011:

“Nos processos de licitação do tipo menor preço, o pregoeiro e a comissão de licitação deverão conceder às microempresas e empresas de pequeno porte, na fase do julgamento da proposta, o direito de preferência previsto no artigo seguinte, e, no julgamento da habilitação, o direito de saneamento previsto no art. 22.” (Grifei).

Art. 3º do Decreto Distrital nº 35.592/2014

“Nos processos de licitação do tipo menor preço, o pregoeiro e a comissão de licitação deverão conceder às entidades preferenciais, na fase do julgamento da proposta, o direito de preferência previsto no artigo 4º, e, no julgamento da habilitação, o direito de saneamento previsto no artigo 6º.” (Grifei).

⁵ O art. 48 da Lei nº 8.666/1993, de forma objetiva, prever os casos em que a proposta de preço deve ser considerada inexequível.

⁶ É cediço que os instrumentos convocatórios possuem mecanismos para expurgar da licitação as empresas inábeis. O edital em exame prever que será desclassificada a licitante que não atingir Nota Técnica mínima de 50 pontos, consoante seu item 8.17.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

Todavia, conquanto não haja ação judicial questionando a constitucionalidade e/ou ilegalidade dos dispositivos em voga, entendo que esses comandos conflitam com o previsto no *caput* do art. 44 da Lei nº 123/2006, pois, como dito alhures, esse artigo não restringe o direito de preferência das MPE's ao tipo de licitação técnica e preço.

Impende destacar que esta Corte, no caso concreto, ao identificar conflito entre as citadas normas distritais e federais determinou que fossem aplicados os dispositivos da norma federal, a exemplo da Decisão nº 6054/2016⁷, que afastou a aplicação do art. 24 da Lei nº 4.611/2011, por entender que o edital de licitação não pode suprimir o tratamento favorecido e diferenciado previsto em lei para as entidades que, em decorrência do valor da licitação a que estiverem concorrendo, venham a auferir faturamento que acarrete o seu desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, por contrariedade às disposições da Lei Complementar nº 123/2006.

Portanto, alinho-me ao Corpo Técnico e ao MPJTCDF para considerar improcedentes os argumentos contidos nas alíneas “e”, “l” e “m” do pedido de reexame.

De mais a mais, tendo em vista a importância do tema para as licitações e contratos no âmbito local, entendo pertinente alertar o Ex. Senhor Governador do Distrito Federal acerca da incompatibilidade do art. 20 da Lei distrital nº 4.611/2007 e o art. 3º do Decreto Distrital nº 35.592/2014 com os art. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, mormente após o advento dos Decretos Federais nºs 8.538/2015 e 7.174/2010, que expressamente autorizam o exercício do direito de preferência às micro e pequenas empresas nas licitações do tipo técnica e preço.

No tocante à dúvida referente ao enquadramento da A3E3 como entidade preferencial (**item IV, alínea k da peça recursal**), comungo do entendimento do Corpo Técnico, no sentido de considerá-lo improcedente, pois a empresa Architech não trouxe elementos suficientes para validar tal argumento.

⁷ O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I – tomar conhecimento: a) da Carta nº 060/2016-PR, da Companhia Energética de Brasília – CEB, trazendo anexo o Parecer Técnico nº 001/2016-CPL (e-DOC BCE9E673-c); b) da manifestação da empresa Ureluz Energética S.A. (e-DOC 71BF39AF-c); II – no mérito, considerar procedente a representação da empresa Lumi construções e Manutenções Elétricas Ltda – EPP, uma vez que a sua inabilitação no Pregão Eletrônico nº 001-S00530/2016 – CEB, com fundamento no art. 24 da Lei 4.611/2011 e no § 2º do art. 2º do Decreto 35.992/2014, ambas as normas do Distrito Federal, mostrou-se incompatível com os §§ 4º e 9º do art. 3º da Lei Complementar 123/2006; III – em face do item anterior e com esteio no art. 45 da LC nº 01/94, determinar à CEB que, no prazo de 15 (quinze) dias, anule o ato do pregoeiro que inabilitou a empresa representante, bem como todos os atos dele decorrentes, devendo o certame em tela retornar à fase de habilitação para o seu prosseguimento; IV – determinar à CEB, ainda, que encaminhe cópia a este Tribunal da documentação que comprove o cumprimento da diligência contida no item anterior; V – autorizar: a) o envio de cópia desta decisão à Companhia Energética de Brasília, à empresa Lumi construções e Manutenções Elétricas Ltda. e à empresa Ureluz Energética S.A.; b) o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento, para os devidos fins.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

Além disso, a análise levada a efeito pela CEASA/DF não identificou irregularidade no enquadramento da representante como entidade preferencial.

No que diz respeito à suspeita de tentativa de fraude à licitação (**alínea “c” do item IV do recurso**) e à falta de representação legal da sociedade no âmbito do procedimento licitatório (**alínea “d” do item IV do recurso**), alinhame ao Corpo Técnico para considerar improcedente o pedido de reexame.

No tocante ao primeiro argumento, verifico que o vício foi saneado pela A3E3, tendo o Senhor André Vasconcelos Laprega adquirido a capacidade para representar individualmente a empresa.

Quanto ao segundo, constato que há recentes decisões desta Corte de Contas no sentido de que a sanção prevista no artigo 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, que suspende temporariamente a empresa de participar de licitações e contratar com a administração, tem efeitos limitados ao órgão ou ente federado que aplicou a reprimenda, consoante deliberações plenárias a respeito da matéria, a exemplo das Decisões n.ºs 527/2017⁸ e 4543/2017⁹.

Ante todo o exposto, em consonância, na essência, com o Corpo Instrutivo, com acréscimo, **VOTO** no sentido de que o egrégio Plenário:

I. conheça das contrarrazões recursais (peças 158 e 169);

II. dê parcial provimento ao Pedido de Reexame interposto pela empresa Architech Consultoria & Planejamento Ltda., de modo que sejam revistas as deliberações constantes dos

⁸ O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, com o qual concorda o Revisor, Conselheiro PAULO TADEU, decidiu: I – tomar conhecimento: a) das Informações n.ºs 08/2015 – ATE (peça 02; e-DOC B56C3FBB-e) e 10/2016 (peça 09; e-DOC 229C9335-e); b) dos Pareceres n.ºs 734/2015-MF (peça 05; e-DOC 95400987-e) e 658/2016 – MF (peça 13; e-DOC 177750⁸⁴-e); II – considerar cumpridas as determinações constantes do item 2.1 da Decisão n.º 5.227/2014 (Processo n.º 29.900/2014) e do Despacho Singular n.º 564/2015-GCIM (peça 06; e-DOC 079FEC07-e); III – **ter por despicienda a edição por esta Corte de Contas de orientação ou entendimento em relação às disposições do art. 87, incisos III e IV da Lei n.º 8.666/1993, uma vez que a matéria encontra-se regulamentada no âmbito do Decreto distrital n.º 26.851/2006 e guarda consonância com entendimento adotado por esta Corte de Contas nas Decisões n.ºs 2.352/2011 (Processo n.º 8.700/2006), 2.616/2012 (Processo n.º 10.809/2009) e 5.862/2014 (Processo n.º 28.734/2012), com a jurisprudência sedimentada no TCU, bem como com a corrente majoritária da doutrina, e em face de tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, buscando consolidar e normatizar o novo Estatuto de Licitações e Contratações Públicas do Brasil;** IV – autorizar o retorno dos autos à Secretaria-Geral de Controle Externo – Segecex/TCDF para fins de arquivamento.

⁹ O Tribunal, por maioria, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I – tomar conhecimento: a) dos documentos juntados pela representante (e-docs n.ºs EB150029 e 38D1F5E1); b) do Ofício SEI-GDF n.º 916/2017 – SEPLAG/GAB (e-doc n.º FB8BDDA); II – considerar: a) atendida a diligência ordenada por meio do item III da Decisão TCDF n.º 3.585/2017; b) procedente a representação interposta pela sociedade empresária Indra Brasil Soluções e Serviços Tecnológicos S.A.; III – em decorrência, determinar à SEPLAG que retifique os itens 2.4, 2.4.1 e 2.4.1.1 do Edital do Pregão Eletrônico n.º 103/2016 – SCG/SEPLAG, no sentido de refletir o entendimento, **acerca do disposto no art. 87, III, da Lei n.º 8666/1993, de que a suspensão temporária para licitar tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que aplicar a referida punição, e que o impedimento de licitar e contratar se limita ao ente federativo ao qual pertence o órgão ou entidade sancionadora, informando imediatamente ao Tribunal as providências adotadas;**(...).



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO MÁRCIO MICHEL

itens VII e VIII da Decisão nº 5361/2017, os quais passam a conter a seguinte redação:

a) considerar improcedente a Representação formulada pela empresa A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP;

b) autorizar as Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. – CEASA/DF a dar continuidade à execução do Contrato de Prestação de Serviços nº 01/2017-CEASA/DF;

III. Alertar o Exmo. Senhor Governador do Distrito Federal acerca da incompatibilidade do art. 20 da Lei distrital nº 4.611/2007 e do art. 3º do Decreto Distrital nº 35.592/2014, os quais restringem o exercício do direito de preferência as licitações do tipo menor preço, com os arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, mormente após o advento dos Decretos Federais nºs 8.538/2015 e 7.174/2010, que expressamente autorizam o exercício desse direito nas licitações do tipo técnica e preço;

IV. dê ciência da decisão que vier a ser proferida às empresas A3E3 Arquitetura e Construção Ltda. – EPP e Architech Consultoria & Planejamento Ltda., bem como às Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S.A. – CEASA/DF;

V. autorize o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento para os devidos fins.

Secretaria das Sessões, 2 de agosto de 2018.

MÁRCIO MICHEL
Conselheiro-Relator