



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 26640/2018

Rubrica: _____

Processo nº: 26640/2018-e

Origem: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal – MPJTCDF

Assunto: Representação

Ementa: Representação n.º 09/2018 – ML, oferecida pelo Ministério Público que atua junto ao TCDF acerca de possíveis irregularidades nas contratações realizadas pelo Poder Público com a Fundação Carlos Chagas – FCC, mediante dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93. Índícios de ausência de reputação ético-profissional. Decisão n.º 4.848/18: conhecimento da exordial e solicitação de esclarecimentos. Manifestação da FCC e da CLDF. Análise de mérito. **Nesta fase:** Unidade Técnica pela improcedência da representação e arquivamento dos autos. Parecer divergente do Órgão Ministerial. Pela procedência da exordial e sugestão para que o Tribunal reconheça que a FCC não cumpre os requisitos previstos no art. 24, XIII, da Lei de Licitações. Voto convergente com a Unidade Técnica. Decisão 1918/19. Pedido de vista. 1º Revisor pela procedência da representação. Acolhimento desse entendimento. Novo pedido de vista. 2º Revisor pela improcedência da exordial. Manutenção do Voto pela procedência da representação.

Cuidam os autos de representação ofertada pelo *Parquet* especial (Representação n.º 09/2018–ML) apontando possíveis irregularidades nas contratações realizadas pelo Poder Público com a Fundação Carlos Chagas – FCC, mediante dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93.

Na Sessão Ordinária 5134, de 06.06.2019, apresentei Voto pela improcedência da representação, conforme Peça 27.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 26640/2018

Rubrica: _____

Posteriormente, a partir de Voto de Vista lançado pelo Cons. Inácio Magalhães, revi o meu posicionamento inicial e apresentei Voto na Sessão Ordinária 5158, de 03.09.2019, de seguinte teor (Peça 31):

De um lado, Sua Excelência concorda com o entendimento por mim defendido no sentido de que não merece prosperar o posicionamento do Parquet especial quanto aos aspectos objetivos da incumbência estatutária da pesquisa e do ensino e da finalidade não lucrativa da Fundação Carlos Chagas.

Diferentemente, o Revisor defende que a FCC não cumpre o requisito da inquestionável reputação ético-profissional constante da parte final do art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93 (e por isso pugna pela procedência da representação), ponderando o seguinte:

Importante salientar que o que o dispositivo legal em epígrafe veda não é, somente, a contratação de instituição que não possua reputação ético-profissional com base em algum critério específico.

O rigor da norma alcança, na verdade, qualquer instituição que venha a ter sua reputação ético-profissional exposta a questionamentos, na exata dicção do texto legal.

Trata-se de reconhecer, na espécie, o dever de cautela imposto aos administradores públicos quando da efetivação de contratações, sobretudo ao optar por procedimento que representa exceção à regra constitucional de licitar.

Portanto, não há que se falar na necessidade de existir sentença transitada em julgado para que a imagem de determinada instituição seja abalada suficientemente a ponto de violar o requisito subjetivo em comento.

Parece-me que eventuais indícios de irregularidades não seriam suficientes para afastar a reputação ético-profissional de uma entidade, havendo necessidade de que tais irregularidades fossem devidamente apuradas e comprovadas, quer seja no âmbito administrativo ou judicial.

Mas, consoante bem ponderado pelo nobre Revisor, o requisito da inquestionável reputação ético-profissional, constante da parte final do art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, possui contornos subjetivos. Além disso, o conceito de reputação ético-profissional não é estabelecido em lei e nem é pacífico na doutrina ou na jurisprudência.

Assim, adotando-se uma interpretação mais rigorosa quanto ao alcance da norma, o fato de uma instituição ter a sua reputação ético-profissional exposta a questionamentos já seria suficiente para considerar que o dispositivo legal em tela não foi satisfatoriamente cumprido.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 26640/2018

Rubrica: _____

Nessa linha, ganha relevo julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais¹ colacionado pelo Revisor e no qual foi deferida liminar para suspender contrato celebrado entre a Junta Comercial daquele estado e a Fundação Renato Azeredo, haja vista a existência de inquéritos civis envolvendo a citada instituição, destacando-se os seguintes trechos:

Além da questão da natureza do objeto contratado, outro fato que chama a atenção, e que reforça a necessidade de suspensão do contrato administrativo, é que o artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, exige, para a contratação direta, que a instituição contratada detenha "inquestionável reputação ético-profissional", sendo que, no caso, em que pese as referências de contratos firmados pela agravante com outros órgãos públicos, o primeiro parecer alertou a JUCEMG da existência de três inquéritos civis envolvendo a mesma, nos quais o Ministério Público investiga a legalidade de outros contratos, sem licitação, firmados pela Administração Pública Estadual com esta.

O novo parecer invocou o princípio da presunção de inocência para afastar as dúvidas levantadas pelo antigo Procurador Chefe sobre a reputação ético-profissional da Fundação Renato Azeredo, mas, à primeira vista, a investigação da legalidade de outros contratos firmados pela Fundação já seria um motivo para a Administração se precaver, e não contratar a instituição sem licitação.

Não se pode perder de vista, ainda, que a contratação direta é medida excepcional à regra da licitação pública e, por isso mesmo, deve ser utilizada com parcimônia e cautela por parte da Administração Pública. Desse modo, se uma entidade tem a sua reputação ético-profissional exposta a questionamentos, mostra-se prudente que a mesma não seja contratada por dispensa de licitação enquanto perdurarem tais questionamentos.

Com essas considerações, irei aderir ao voto do Revisor para reconhecer que a Fundação Carlos Chagas não detém inquestionável reputação ético-profissional que permita a sua contratação por dispensa de licitação pelos órgãos e entidades do complexo administrativo do Distrito Federal, motivo pelo qual a representação examinada no presente feito deve ser considerada procedente.

Naquela oportunidade, o julgamento da matéria foi novamente adiado em face de pedido de vista formulado pelo Cons. Paulo Tadeu, consoante Decisão 2964/19. Destaco os seguintes trechos do Voto de Vista de Sua Excelência, que defende a improcedência da exordial:

¹ Processo n.º 2014/0220753-0



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:
Processo: 26640/2018
Rubrica: _____

No caso vertente, o único ponto passível de abordagem reside na busca do real significado da expressão “inquestionável reputação ético-profissional”, questão tormentosa, consoante, aliás, reconhecido nos doutos votos do Relator e Revisor.

Nessa seara, penso que a reputação ético-profissional deve ser comprovada. Contudo, pondero ser praticamente impossível que seja inquestionável. Nessa esteira de entendimento, Joel de Menezes Niebuhr doutrina que “o termo inquestionável é infeliz, porquanto algo sempre pode ser questionado, mesmo de instituições sérias”.

Esclarecedor, na busca do sentido da expressão, o ensinamento do Ministro Benjamin Zymler, do TCU:

A contratada deve ter inquestionável reputação ético-profissional. O aspecto “ético” refere-se à credibilidade da entidade no mercado. Algo semelhante à “reputação ilibada” da pessoa física. O aspecto profissional refere-se à capacidade para executar o objeto. (grifos acrescidos)

Em suma, a reputação ético-profissional, em vez de “inquestionável”, deve ser sólida a ponto de ser possível comprovar que a instituição a ser contratada possui credibilidade junto à sociedade e ao mercado e capacidade para executar o objeto do contrato administrativo.

In casu, conforme alegado pela CLDF, a existência de processo em que a FCC figura como ré, por si só, não afeta a sua reputação ético-profissional. Isso porque os supostos atos praticados por sociedade indiretamente controlada pela contratada (prática de atos fraudulentos com a utilização de títulos mobiliários) não guardam estrita compatibilidade e pertinência com o objeto contratual (organização de concursos públicos).

(...)

Outrossim, a caracterização da conduta como sendo antiética, por se tratar de medida gravosa com inegável repercussão nas atividades finalísticas da entidade, deve ser feita com as cautelas de praxe. Assim, para firmar convicção acerca da reputação ético-profissional da FCC, a Corte deveria aguardar o desfecho do Processo nº 1092687-77.2017.8.26.0100, em curso da 2ª Vara Cível do Foro de São Paulo-SP.

(...)

Em arremate, guardo reservas quanto à possibilidade de a Corte, sem expressa (taxativa) previsão legal ou regulamentar, declarar, de forma genérica e abstrata, a impossibilidade de órgãos e entidades distritais contratarem determinada entidade por meio de dispensa de licitação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 26640/2018

Rubrica: _____

Primeiro, porque, aparentemente, o comando contido nos Votos dos eminentes Relator e Revisor assemelha-se a uma sanção de inidoneidade para ser contratada sem prévia licitação, na medida em que informa aos órgãos e entidades integrantes do Complexo Administrativo do Distrito Federal que a referida entidade não cumpre o requisito de inquestionável reputação ético-profissional previsto no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93.

Segundo, porque retira dos jurisdicionados a discricionariedade necessária para examinar o preenchimento dos requisitos para a contratação direta, repassando para a entidade o ônus de provar, em cada caso, que o fato de figurar como ré em um processo judicial, ainda sem trânsito em julgado, não se caracteriza como conduta antiética apta a macular sua reputação ético-profissional.

Dessa forma, considerando que, por ora, a reputação ético-profissional da contratada mostra-se comprovada pela sua credibilidade junto à sociedade e ao mercado, bem como pela capacidade para executar o objeto de contratos administrativos da espécie, entendo, com as respeitosas vênias de praxe, que a Representação n.º 09/2018 – ML deve ser considerada improcedente.

Os três votos lançados no feito possuem um ponto em comum: a dificuldade de se definir o alcance da expressão “inquestionável reputação ético-profissional” contida no art. 24, inciso XIII, da Lei de Licitações.

Conforme ensinamento doutrinário de Joel de Menezes², trazido pelo Cons. Paulo Tadeu, o termo “inquestionável” revela-se infeliz, haja vista a subjetividade que o envolve.

Em que pese as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, acabei optando em conferir uma interpretação mais literal ao termo em razão da consequência jurídica dele advinda, qual seja: a possibilidade de a Administração afastar-se do princípio basilar da licitação pública.

Como o dispositivo legal em tela proporciona um tratamento diferenciado em favor da entidade que se pretende contratar diretamente, exige-se maior zelo do gestor ao optar por essa modalidade de contratação. Assim, se a reputação ético-profissional de uma entidade está sendo colocada em dúvida, mostra-se prudente que a mesma não seja contratada por dispensa de licitação enquanto eventuais irregularidades a ela atribuídas não sejam devidamente afastadas.

² NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. São Paulo: Dialética, 2003, p. 315.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 26640/2018

Rubrica: _____

Consoante salientando pelo Cons. Inácio Magalhães em seu Voto de Vista, o *“conjunto de indícios encartados nos autos pelo Órgão Ministerial, e a própria existência dos processos judiciais em que a FCC aparece, ora no polo passivo, ora como autora, em que se discutem a ocorrência de práticas antiéticas e de gestão temerária no seio da Fundação, é suficiente para configurar razoável grau de incerteza que faz suscitar dúvidas incompatíveis com o atributo essencial da inquestionável reputação ético-profissional para contratar de forma direta com o Poder Público, na forma do art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/1993”*.

O Cons. Paulo Tadeu questiona a possibilidade de a Corte, sem expressa previsão legal ou regulamentar, declarar de forma abstrata a impossibilidade de órgãos e entidades distritais contratarem a Fundação Carlos Chagas por meio de dispensa de licitação.

Entendo que a competência do Tribunal para aferir o cumprimento dos requisitos fixados no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93 encontra guarida no art. 113³ da mesma lei e no art. 41, I, “b”, da LC n.º 01/94⁴. Ora, se a Corte pode, em uma contratação direta específica, verificar se uma determinada entidade atende tais requisitos, também pode fazê-lo de forma abstrata.

Dito de outra maneira, se o Tribunal constata, por exemplo, que a Entidade X não detém reputação ético-profissional para ser contratada por dispensa de licitação pelo Órgão Y, não se mostra razoável ter que aguardar-se outro caso concreto para só então reconhecer a impossibilidade da contratação.

Além disso, importante registrar que o objeto da representação apontava justamente que a FCC não deteria o requisito de inquestionável reputação ético-profissional para ser contratada diretamente pelo Poder Público, ou seja, buscava-se avaliar tal requisito em abstrato. Desse modo, ao tomar conhecimento da representação, forçoso reconhecer que o Plenário, por unanimidade, admitiu que a

³ Art.113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

⁴ Art. 41. 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, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno: (...)

b) os editais de licitação, os contratos, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 39 desta Lei;



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 26640/2018

Rubrica: _____

matéria tinha enquadramento nas competências do Tribunal, conforme Decisão 4848/18.

Ante o exposto, ratifico o **VOTO** anterior (Peça 31) no sentido de que o egrégio Plenário:

- I – tome conhecimento do Ofício nº 51/2018 da CLDF (e-Doc 89DA85DE-c), da manifestação da Fundação Carlos Chagas (e-Doc B3BBCCA6), da Informação nº 155/2018-DIACOMP2 e do Parecer nº 75/2019-G4P;
- II – considere procedente a Representação n.º 09/2018 – ML;
- III – informe aos órgãos e entidades integrantes do Complexo Administrativo do Distrito Federal que a Fundação Carlos Chagas – FCC não cumpre o requisito de inquestionável reputação ético-profissional previsto no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, o que impossibilita a sua contratação mediante dispensa de licitação;
- IV – dê ciência desta decisão à Fundação Carlos Chagas e ao representante;
- V – retorne o feito à Unidade Técnica para os devidos fins.

Brasília, em 19 de setembro de 2019.

MANOEL DE ANDRADE
Relator