



Tribunal de Contas do Distrito Federal
Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

INFORMAÇÃO Nº: 49/2011
PROCESSO Nº: 4227/2010
ÓRGÃO DE ORIGEM: Ministério Público de Contas – MPC/DF
INTERESSADO: Administração Regional de Águas Claras
ASSUNTO: Representação

EMENTA: Representação do MPC/DF acerca de possíveis irregularidades nas licitações, na modalidade convite, promovidas pela RA XX – Águas Claras para a contratação de obras de engenharia. Decisão nº 2887/2010. Irregularidades detectadas. Indícios de favorecimento e de conluio entre as licitantes. Ausência de competição. Adjudicação de objeto a licitante que descumpriu disposições do edital. Sugestão de determinação à Corregedoria-Geral do DF, audiência dos responsáveis, ciência ao Secretário de Estado de Governo e ao MPDFT. Exame. Pelo cumprimento da diligência. Pela procedência de duas defesas e improcedência das demais. Pela aplicação de penalidade.

Senhor Inspetor,

Tratam os autos da análise da Representação nº 01/2010, encaminhada pela Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal – MPC/DF, Dra. Márcia Farias, acerca de possíveis irregularidades ocorridas na contratação de obras pela Administração Regional de Águas Claras – RA XX, (fls. 01/09).

2. Efetuados os trabalhos do Corpo Técnico, nos termos da Informação nº 46/2010, fls. 60/71, o Tribunal expediu a Decisão nº 2887/2010, fl. 154:

“O Tribunal, pelo voto de desempate da Senhora Presidente, proferido com base no art. 84, VI, do RI/TCDF, que acompanhou o posicionamento do Relator, Conselheiro-Substituto PAIVA MARTINS, decidiu: I. tomar conhecimento da Informação nº 46/10; II. determinar à Corregedoria-Geral do DF que: a) promova a audiência das empresas listadas no parágrafo 30 da instrução, ante a possibilidade de aplicação das sanções previstas no art. 87, c/c o art. 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93; b) oriente a Administração Regional de Águas Claras - RA XX para que, adotando as devidas cautelas quanto à qualidade das obras, proceda ao seu recebimento, promovendo a competente liquidação da despesa; c) informe ao Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, acerca do resultado das providências

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

adotadas; III. determinar a audiência dos servidores nomeados nos parágrafos 34 e 35 da informação, para que apresentem justificativas, no prazo de 30 (trinta) dias, acerca das irregularidades verificadas nos autos, uma vez que estão sujeitos às sanções previstas nos arts. 57, inciso II, e 60 da Lei Complementar nº 1/94, c/c os arts. 182, inciso I, e 183 do Regimento Interno do TCDF; IV. autorizar: a) o envio de cópia da informação de fls. 60/71 e dos documentos de fls. 24/59 à Administração Regional de Águas Claras, à Secretaria de Estado de Governo, órgão ao qual se encontram vinculadas as RAs, e à Corregedoria-Geral do DF, para subsidiar o cumprimento desta decisão, ante a prerrogativa inserta no art. 87, § 3º, da Lei nº 8.666/93, em face da possibilidade de aplicação da medida prevista no art. 87, inciso IV, do mencionado diploma legal; b) a remessa de cópia dos autos, por intermédio do Parquet que atua junto a este Tribunal, ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em razão do disposto no art. 185 do Regimento Interno do TCDF; c) o retorno dos autos à 1ª ICE.”

3. No que tange ao item “II.a” do *decisum*, que determinou à Corregedoria-Geral do Distrito Federal que promovesse a audiência das empresas envolvidas, ante a possibilidade de aplicação das sanções administrativas previstas no art. 87, c/c o art. 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993¹, registra-se que a jurisdicionada, por meio do OFÍCIO Nº 856/2010-GAB/CGDF, informou que tal demanda se revela idêntica àquelas relativas a outras Administrações Regionais, levadas a efeitos pela comissão instituída pela Portaria Conjunta nº 09, 10 de dezembro de 2009, que resultou no encaminhamento dos autos à Secretaria de Estado de Governo com vistas à instauração dos devidos processos, fl. 166.

4. Referida Pasta Governamental não se pronunciou nestes autos, razão pela qual se entende deva o Tribunal diligenciá-la para que comunique qual foram as medidas por ela adotadas com vistas a cumprir a demanda desta Corte.

5. Os itens “II.b” e “II.c” da transcrita decisão determinaram à CGDF que orientasse a Administração Regional de Águas Claras para que, adotando as devidas cautelas quanto à qualidade das obras, procedesse ao seu recebimento, promovendo a competente liquidação da despesa, bem assim que informasse ao Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, acerca do resultado das providências

¹ I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

adotadas.

6. A RA, por intermédio do documento de fls. 167/185, informou que *“todas as cautelas têm sido tomadas não só quanto à qualidade de cada obra licitada, mais também com relação à liquidação de despesa em cada etapa vencida ...”*. Acrescentou que, à exceção do objeto do Convite nº 007/2009, cuja empresa vencedora não compareceu para assinatura do contrato¹, todos os demais já haviam sido medidos e liquidados. Como comprovação, fez juntar relatórios dos executores dos ajustes, fls. 174/182 (Adriana Azevedo Ruggiero) e 183/185 (Alex Burton Brasileiro Gois). Em que pese nesse último, de 14/07/2010, constarem algumas pequenas exigências a ser cumpridas pelos contratados, o Administrador Regional, em sua peça, de 16/07/2010, comunicou que, nessa data, as mencionadas exigências já haviam sido saneadas, fl. 169.

7. Considerando os documentos carreados, entende-se possa o Tribunal considerar cumprida a diligência determinada.

8. Passa-se nesse momento à exposição das defesas apresentadas em decorrência do item III da Decisão nº 2887/2010:

“III. determinar a audiência dos servidores nomeados nos parágrafos 34 e 35 da informação, para que apresentem justificativas, no prazo de 30 (trinta) dias, acerca das irregularidades verificadas nos autos, uma vez que estão sujeitos às sanções previstas nos arts. 57, inciso II, e 60 da Lei Complementar nº 1/94, c/c os arts. 182, inciso I, e 183 do Regimento Interno do TCDF”.

9. Em decorrência desse comando, os citados apresentaram as defesas de fls.:

a) 271/286, Divino Maurício Dias;

b) 223/237, Claudinéa Borges de Jesus;

¹ Situação já conhecida à época da instrução anterior, fls.60/71.

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

- c) 240/270, Afrânio Moraes da Cruz;
- d) 186/208, Manoel Ninaut Filho;
- e) 209/222, Athayde Passos da Hora,.

10. O Sr. Cláudio Herrera Passos não apresentou peça defensiva, o que caracteriza sua revelia.

DEFESA DE MANOEL NINAUT FILHO

11. Em sede preliminar, acerca do achado relativo ao irregular fracionamento dos certames, alega que a Administração Regional de Águas Claras anulou todos os procedimentos administrativos relativos a 2008, examinados no Processo nº 986/2009, cuja Decisão nº 1621/2009, considerou satisfatória essa providência. Com base nisso, aduz que “*não seria justa uma análise com base em situação pretérita*”, conforme teria acontecido nos presentes autos, bem assim que tal forma de fiscalização configuraria “*prévio juízo negativo*”, fls. 187/188.

12. **Análise** – ressalte-se inicialmente que o fato de o Tribunal ter considerado satisfatório o ato da jurisdicionada de anulação das licitações tratadas no Processo nº 986/2009 não significa que tais certames se afiguravam regulares. Ao contrário, essa medida foi adequada em razão das diversas impropriedades que os maculavam, que não redundaram em prejuízo ao erário justamente em função da aludida anulação.

13. Quanto ao suposto juízo prévio negativo, releva esclarecer que as constatações registradas na instrução anterior, fls. 60/71, se pautaram em elementos objetivos extraídos dos procedimentos levados a efeito em 2009. A única abordagem relativa àqueles de 2008 repousa no registro de que as ilegalidades aqui atestadas comportam idêntica natureza daquelas.

14. **Conclusão** – a preliminar deve ser rejeitada por se afigurar um raciocínio sofismático, com o intuito transferir uma suposta regularidade pretérita aos certames examinados neste processo, quando a única ação passível de transporte seria a mencionada anulação, que não se operou, dando azo aos recebimentos de

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

obras eivadas de vícios em sua origem.

15. Quanto ao mérito do item fracionamento, o defendente inicialmente ressalta a complexidade da matéria, para enfocar o que se segue:

“(…)

Ora, parcelamento irregular de obras públicas se daria pela não programação, em sua totalidade, de execução das obras e dos serviços, considerando seu custo atual e final e prazos de sua execução, bem como, verificada que a obra, ou serviço, tem a mesma natureza e deveriam se realizadas no mesmo local, e o Administrador público, deliberadamente, recomenda o seu fracionamento, utilizando-se de modalidade licitatória que restringiria a competição e prejudicaria o erário (definição nos termos da Lei nº 8.666/93).

Assim, deve se verificar no mínimo a identidade e a similaridade dos objetos, restrição de competição entre empresas, a anualidade orçamentária e o local de realização das obras, para se poder concluir sobre a questão em debate.

Os objetos dos Convites não têm a mesma natureza ou identidade, visto tratar-se de execução de obras urbanização, contenção de erosões, rampas de acessibilidade, construção de estacionamento, revitalização de áreas públicas, construção de quadra esportiva etc. A competição também não estaria sendo restringida, uma vez que se trata de pequenas obras e várias empresas menores teriam a possibilidade de participação.

Tem-se ainda, a questão do final do exercício financeiro, uma vez que os Convites foram realizados no final do ano de 2009, o que se requer agilidade para a realização da licitação, sob pena de não conseguir atender os apelos da população e perde-se o recurso financeiro para realização das demandas verificadas.

Por fim, devem salientar-se, as obras foram licitadas para lugares diversos como Setor habitacional Arniqueiras, a região do areal (algumas QS), trechos de Águas Claras.

Assim, onde estaria o fracionamento ilícito? Ou melhor, será que houve parcelamento?” (fl. 192)

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

16. **Análise** – inicia-se o presente exame respondendo a indagação do defendente. O fracionamento ilícito residiria de forma clara nos Convites nºs 02, 05 e 07/2009 e TP nº 01/2009, conforme consta dos parágrafos 22/25 da instrução anterior, fl. 65, que objetivaram no todo ou em parte a construção de quadras de esportes/areia.

17. Tanto esses, mais nitidamente identificáveis, quanto os demais se afiguram serviços elementares de engenharia no quais não se vislumbram óbices para serem efetuados de forma conjunta, mesmo, *in casu*, em locais distintos, haja vista a diminuta área de abrangência da RA não admitir qualquer imbróglio de natureza operacional.

18. Examina-se nestes autos 8 editais, com um deles divididos em 4 lotes, para os quais participaram em revezamento 16 empresas, das quais 7 se sagraram vencedoras.

19. Essa situação indica uma participação restrita de licitantes, fato que amplia o conceito de “*mesmo local*”, constante do art. 23, § 5º, da Lei nº 8666/93, conforme jurisprudência pacificada no TCU, exposta no seguinte excerto do voto do Ministro Ubiratan Aguiar que fundamentou o Acórdão nº 1570/2007-Plenário:

“(…)

8. *No tocante ao fracionamento de despesas, as justificativas do presidente da comissão de licitação são, fundamentalmente, de que se tratavam de obras distintas, realizadas em municípios distantes uns dos outros, não se justificando que se fizesse uma única licitação.*

9. *Essa questão já foi enfrentada por diversas vezes pelo Tribunal, ficando assente que **não se deve realizar licitações distintas para a contratação de serviços de mesma natureza, mesmo em locais diversos, quando os potenciais interessados são os mesmos.** Permitto-me transcrever trecho de voto por mim proferido, que consubstanciou o Acórdão nº 167/2001 - Plenário e que foi adotado em outras deliberações deste Tribunal (Acórdãos nºs 131/2001, 121/2002, 272/2002, todos do Plenário).*

(…)” g.n.

20. Dessa forma, resta rechaçada a possibilidade de se arguir o afastamento, *in casu*, da vedação contida no art. 23, § 5º, da Lei nº 8666/93, seja pela plena viabilidade de prestação dos serviços na área de abrangência da RA,



Tribunal de Contas do Distrito Federal
Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

seja pela restrição da competitividade que permite a aplicação do indigitado dispositivo ao caso concreto que ora se examina.

21. Nas planilhas afetas aos certames, fls. 25/58, observa-se a repetição e a semelhança entre os itens, em especial aqueles relativos à administração da obra, à estrutura, transportes e mão-de-obra, para qual se constata a ausência de qualificação especializada, haja vista ser aquela, em todos os casos, restrita a profissionais comuns, como vigias, encarregados e engenheiro. Esses notadamente são contumazes em tocar vários empreendimentos ao mesmo tempo.

22. Nessa perspectiva, se revelam presentes os elementos passíveis de caracterizar as obras objeto destes autos como homogêneas e similares, conforme discorre Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed:

*“A Lei quer vedar que uma obra ou serviço complexo sejam transformados, para fins de licitação, em uma pluralidade de atos isolados. Por isso, a unitariedade da obra ou do serviço não deve ser examinada apenas sob critérios técnico-científicos, mas sob enfoque funcional, primordialmente. Mesmo quando haja pluralidade de obras ou de serviços, **desde que homogêneos e similares (de 'mesma natureza')**, os quais devam ser executados no mesmo local, aplica-se a regra do art. 23, § 5º.”*

23. Cretella Júnior admite que haja o fracionamento somente para *"as parcelas de natureza específica que possam ser executados por pessoas ou empresas de especialidade diversa da do executor da obra ou serviço"* (Das Licitações Públicas, 16ª ed.).

24. Essa exceção não se aplica às indigitadas construções que, conforme já se comentou, não exigem especialidade além dos mais básicos conceitos de engenharia civil.

25. Resta ainda comentar a alegação do defendente de *“os Convites foram realizados no final do ano de 2009, o que se requer agilidade para a realização da licitação, sob pena de não conseguir atender os apelos da população e perde-se o recurso financeiro para realização das demandas verificadas”*., fl. 192.

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

26. Essa manifestação somente depõe contra o defendente, pois comprova a total ausência de planejamento para execução dos serviços necessários à execução do orçamento, que, *in casu*, contribuíram de forma significativa para o estabelecimento da irregularidade ora discorrida.

27. **Conclusão** – as justificativas constantes do parágrafo 15 são improcedentes.

28. Em que pese essa improcedência, o Sr. Manoel Ninaut Filho não deve ser apenado nestes autos, haja vista que sua participação nas irregularidades aqui apuradas cinge-se ao fato de ter elaborado parecer concluindo pela regularidade das licitações objeto destes autos, na qualidade de Chefe da Assessoria Técnica da Regional¹.

29. Acerca desse assunto, o defendente alega que o pronunciamento da ASTEC é mais “*uma opinião que vai ajudar a formar um juízo decisório no contexto administrativo*”, fl. 193.

30. Acrescenta que esse tipo de parecer não é ato administrativo, com base em doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. Traz também à colação as definições de parecer obrigatório, vinculante e não vinculante, constante do art. 42 da Lei nº 9.784/99, para concluir que, *in casu*, o que subsiste “*como ato administrativo é o ato de aprovação; e confirmam a tese de que o parecer somente pode ser vinculante para a Administração de ‘a lei exigir’...*”. fls. 193/194.

31. **Análise** – Essa matéria já foi enfrentada pelo Tribunal em algumas oportunidades, das quais se destacam as discussões travadas nos Processos nºs 19930/2005 e 35530/2006. Nesse último, consta registrado o entendimento de que a opinião jurídica emitida em nível de assessoria, apesar de legalmente obrigatória, não possui caráter vinculante, uma vez não estar o administrador, necessariamente, a ela submetido, cabendo-lhe aprová-la, ou não. Transcreve-se a seguir o voto da Relatora, Conselheira Marli Vinhadeli, que embasou a Decisão nº 4206/2007, que

¹ Vide parágrafo 35 da instrução anterior, fl. 68.

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

considerou procedente a justificativa da parecerista lá citada:

“14. Quanto às razões de justificativa apresentada por Jacira Lemos Barrozo, enquanto ocupante do cargo de assessora jurídica da Companhia, tal qual me manifestei nos autos de nº 19930/05, entendo que a análise meritória passa, necessariamente, pela discussão havida no Processo nº 4697/98, cujo Voto condutor da Decisão nº 4753/2001, prolatado pelo nobre Conselheiro-Relator Jorge Caetano, ao afastar a disciplina do assunto por meio de decisão normativa, aludiu à necessidade de exame caso a caso.

15. Tendo em conta tratar-se de procedimento licitatório, observa-se, nos termos do artigo 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, que os pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade, constituem peça integrante do respectivo processo administrativo, embasadoras do ato autorizativo. O parágrafo único do mesmo dispositivo, demanda que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

16. A esse respeito, não obstante o precedente do Supremo Tribunal Federal, concernente ao Mandado de Segurança nº 24.073-DF, citado pela defendente, nota-se a existência de julgados do Tribunal de Contas da União, contrários e a favor da possibilidade de responsabilização do advogado parecerista.

17. Em recente decisão, ao apreciar caso potencialmente similar, o próprio STF decidiu pela inaplicabilidade do citado precedente, mantendo processo do TCU contra procuradores federais, em fiscalização de atos administrativos lastreados em pareceres jurídicos favoráveis

18. Ao meu ver, essa decisão demonstra o acerto deste Tribunal, ao optar pela análise pontual do tema.

19. Em tese, creio que a opinião jurídica emitida em nível de assessoria, apesar de legalmente obrigatória, não possui caráter vinculante, uma vez não estar o administrador, necessariamente, a ela submetido, cabendo-lhe aprová-la, ou não.

20. No citado Processo nº 19930/05, tratando do exame dos Contratos nº 14/2005 a 32/2005 e 34/2005 a 37/2005, firmados pela Codeplan, também com dispensa de licitação, de natureza emergencial, com supedâneo no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, considerei procedentes as justificativas apresentadas pela mesma justificante, à luz dos pareceres colacionados à defesa, nos quais não



Tribunal de Contas do Distrito Federal
Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

detectei tese inaceitável ou desarrazoada.”

32. **Conclusão** – à luz desses precedentes, em que pese o parecer do defendente pugnar por fracionamento irregular da despesa, sua defesa deve ser considerada procedente, haja vista a responsabilidade pelo ato dar curso às licitações eivada de vício refugir aos limites de suas atribuições.

DEFESA DE ATHAYDE PASSOS DA HORA

33. Na qualidade de então Administrador Regional, o Sr. Athayde repete inicialmente os argumentos preliminares do defendente anterior acerca de suposto julgamento desta Casa com base em fato pretérito relacionado às licitações ocorridas em 2008, fls. 211/212. Exame de tal assunto já foi relato nos parágrafos 11/14 acima, restando improcedentes os fundamentos aduzidos.

34. O defendente passa a alegar que sua eventual responsabilização deve ser caracterizada pelos seguintes elementos: fato ilícito, identificação de conduta culposa e nexo de causalidade. Posteriormente, se reporta a uma contrariedade entre o art. 38, inciso VII e o art. 43, inciso VI, todos da Lei nº 8666/93, que Toshio Mukai, em obra não indicada, teria discorrido que as disposições desse último artigo “*não obrigariam os demais entes federados, além da União, por serem procedimentos meramente operacionais*”, fls. 212/213.

35. Quanto à adjudicação dos certames, assim se pronuncia:

“ Assim, **o ato adjudicatório**, apesar de praticado pela autoridade superior da Administração e não pela Comissão, **não se insere como ato obrigatório do processo de licitação, ou seja, não é um ato decisório, mas tão somente declaratório**. Por conseguinte não existe conduta culposa do Administrador Athayde Passos da Hora quando adjudicou as licitações em comento, muito menos há caracterização de fato ilícito, pois a adjudicação não é ato obrigatório do processo, mas apenas um procedimento na complexa engrenagem dos processos licitatórios.

Fato ilícito requer caracterização clara do ‘tipo ilícito’, ou seja, a suposta adjudicação irregular **não tem peso para caracterizar tipo ilícito** por dois motivos:



Tribunal de Contas do Distrito Federal
Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

um porque as adjudicações foram sempre às empresas vencedoras do certame; e dois, porque o ato de adjudicação é um mero ato que nem mesmo obriga a Administração a contratar, pois a contratação só é possível após a homologação (fl. 214).

36. Quanto ao ato de homologação, o defendente traz julgado não identificado do TCU que registra que o *“agente público responsável pela homologação do procedimento licitatório confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação, proclama sua conveniência e exaure a competência discricionária sobre o tema. Assim, ao anuir aos pareceres, este também se responsabiliza, visto que a ele cabe aguir qualquer falha na condução do procedimento...”*, fls. 214/215.

37. Em que pese esse fato depor contra a sua pessoa, alega, a título de excludente de culpabilidade, que tinha *“ausência de potencial conhecimento da suposta ilicitude”*. Ressalta sua boa fé, alegando que *“as informações e o exame dos autos não lhe deram conhecimento de suposta ilicitude”*. Destaca sua falta de experiência na administração pública para justificar seu discernimento médio que *“não lhe permite conhecer supostos erros cometidos relacionados à questão em comento.”*, fl. 215.

38. Arremata esse assunto da seguinte forma:

*“(...) Neste Caso, diante da ausência de indicativos de vícios cometidos nos processos licitatórios, **era dever do Administrador homologar as licitações, como o fez, agindo de boa-fé.***

Assim, estando à adjudicação na essência das atribuições da comissão de licitação apesar do ato ter sido praticado por autoridade superior, e inexistindo erro claro, não seria razoável exigir-lhe que não homologasse o certame, bem como não resta caracterizada conduta culposa negligente, pois a sua atenção às normas, sua capacidade e discernimento são de um homem ‘médio’, imbuído dos valores da moralidade pública.” (fl. 215).

39. **Análise** – É recorrente a discussão doutrinária que envolve a contrariedade entre o art. 38, inciso VII e o art. 43, inciso VI, todos da Lei nº 8666/93,

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

acerca dos institutos da homologação e adjudicação, em relação à suas precisas definições e, em especial, sobre a precedência de um sobre o outro no curso dos procedimentos licitatórios. Entretanto, para o que interessa ao presente exame, tem-se pacífico que a competência para tais atos se inserem nas atribuições da autoridade com poderes para vincular a pessoa administrativa. Além disso, não há que se invocar a sobredita antagonia para intentar afastar essa exigência no âmbito das unidades federadas por comportar supostamente o art. 43, inciso VI da Lei nº 8.666/93 teor de norma geral. Marçal Justen Filho, em seu livro Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, p. 426, assim comenta a matéria:

*“Assim conceituada a adjudicação, tem de reconhecer-se que a solução do art. 43, inc. VI, foi a mais correta. O conteúdo jurídico e os efeitos atribuídos à adjudicação ultrapassam os limites da competência da comissão de licitação. Não compete a ela atribuir ‘objeto’ da licitação ao vencedor, reconhecendo a satisfatoriedade da proposta formulada. **Essa é atividade reservada privativamente à autoridade com poderes para vincular a pessoa administrativa.** A comissão apenas seleciona a proposta que reputar mais vantajosa, segundo os critérios previstos no ato convocatório. **Por isso, a adjudicação apenas poderia se praticada pela autoridade superior hierarquicamente na entidade da Administração Pública.**”(grifo nosso).*

40. Mais adiante aquele doutrinador assevera que “*homologação e adjudicação são atos que se completam e se inter-relacionam*”. Nessa linha de raciocínio, o defendente, na qualidade de autoridade competente para a lavratura de tais procedimentos, foi indiciado como responsável pelas irregularidades. Dessa forma, não procede qualquer argumento acerca que invoque a natureza do instituto da adjudicação para eximi-lo da responsabilidade aqui imputada.

41. As excludentes de culpabilidade por ele realçadas não procedem. A instrução anterior detectou inúmeras coincidências nos documentos relativos às cartas-proposta, planilha de preços, detalhamento do percentual do BDI e cronogramas físico-financeiros, que evidenciaram a comunicação entre os licitantes. Todavia, referidos os membros da comissão de licitação e o Administrador Regional

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

não tomaram qualquer atitude. Independente das insubsistentes justificativas, o fato é que esse comportamento caracteriza terem aqueles servidores abdicado do dever funcional de agir.

42. Vale lembrar que as mencionadas coincidências nas documentações das diversas empresas, a seguir enumeradas, tiveram um nível de repetição e abrangência impassíveis de passarem despercebidas:

- a) Semelhanças visuais entre os documentos: formatação gráfica, fonte utilizada, posição de caracteres, etc.;
- b) Semelhanças entre os conteúdos dos textos: redação de parágrafos, frases e expressões utilizadas, tipo de linguagem, etc.;
- c) Semelhanças entre os valores cotados nas planilhas de preço, percentuais de BDI, prazos e percentuais de execução físico-financeira.

43. Conforme reza o art. 45 da Lei nº 8666/93¹, compete à comissão o julgamento da licitação e esse deve, por evidente, passar pela atenta observação de toda documentação, não se admitindo proceder a sua continuidade à luz de evidências que indicam uma impossibilidade lógica/matemática de tantas coincidências que acenavam para um evidente conluio entre os licitantes.

44. Dessa forma as aduções do Administrador Regional sobre ausência de conhecimento técnico e experiência, que deram azo às diversas irregularidades, se desenvolveram sob sua gerência, revelando que ele incorreu em **culpa in eligendo**, quando anuiu com as conclusões da comissão a ele subordinada.

45. A **culpa in eligendo** é a possibilidade jurídica de responsabilizar alguém pela má escolha do preposto. É dever das autoridades públicas ao proceder as designações de servidores para as funções, fazê-lo de modo a assegurar o atendimento do interesse público adequado. Se gerencia alguém sem competência, está frustrando a concretização do objetivo da norma e deve, portanto, assumir a responsabilidade, na medida em que é presumivelmente conivente com a

¹ Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.



Tribunal de Contas do Distrito Federal
Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

irregularidade.

45. **Conclusão** – as justificativas constantes dos parágrafos 33/38 acima são improcedentes.

DEFESA DE DIVINO MAURÍCIO DIAS

46. Esse membro da comissão de licitação, inicia sua peça de defesa com alegações preliminares acerca da questão orçamentária que impingiu a realização dos certames no final de 2009, bem assim repetindo o suposto contágio das irregularidades detectadas no exercício de 2008 no exame aqui levado a efeito por esta Casa, fls. 272/273. Quanto a sua responsabilidade objetiva, alega, da mesma forma que o Administrador Regional, ausência de potencial conhecimento da ilicitude e boa-fé, fl. 27. Esses argumentos já foram nesta instrução sobejamente examinados e considerados improcedentes.

47. Quanto ao mérito, afirma ser de responsabilidade das empresas todas as coincidências alusivas às propostas e planilha de preços, arrematando que os *“membros da comissão estão isentos de qualquer conduta delituosa, mesmo que seja por omissão.”*, fl. 277.

48. **Análise** – conforme já demonstrado no parágrafo 42 acima, as coincidências nas documentações das diversas empresas tiveram um nível de repetição e abrangência impassíveis de passarem despercebidas. Se revela incumbência basilar da comissão de licitação a atenta observação de toda documentação, não se admitindo proceder a sua continuidade à luz de evidências que indicam uma impossibilidade lógica/matemática de tantas identidades que acenavam para um evidente conluio entre os licitantes.

49. **Conclusão** – as justificativas constantes do parágrafo 47 acima são improcedentes.

50. Quanto à não desclassificação de empresas que apresentaram preços unitários superiores ao estimado pela Administração, aduziu-se que esse fato ocorreu pelo fato de ter-se atentado apenas para o valor global e que *“não chega a*



Tribunal de Contas do Distrito Federal
Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

configurar irregularidade a proposta que atribui valor superior ao constante do edital para preços unitários.”, fl. 277/278.

51. **Análise** – ocorre que a irregularidade reside no flagrante descumprimento de cláusulas editalícias 8.1.b, nos casos dos Convites nºs 02, 03, 05 e 06/2009 e item 7.22 da TP 01/2009 (Lote 1), fl. 63, com seguinte teor:

“8.1. Serão desclassificadas, com base nos artigos 43, inciso IV, §2º e 3º, e 48, incisos I e II, da Lei n.º 8.666/93, as propostas que:

(...)

*b) apresentarem **preços unitários** ou preço global superiores aos valores orçados pela Administração;” (g.n.)*

52. Devido a omissão da comissão em cumprir essa exigência, diversas empresa, que deveriam ter sido desclassificados, se sagraram vencedoras, conforme atesta a instrução anterior, fls. 63. Releva mencionar que tal cláusula editalícia visa atender à obrigação de inserção nos editais do critério de aceitabilidade de preços, contida no art. 40, inciso X, da Lei nº 8666/93:

“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

*X - o critério de aceitabilidade dos **preços unitário e global**, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48,” g.n.*

53. Não se trata de um comando de cunho meramente formal, uma vez que intenta evitar o chamado jogo de planilhas, não raro levado a efeito pelas empreiteiras, no qual, apesar da proposta global ser menor em termos de cifras, as etapas iniciais de obras são orçadas com sobrepreço levando à capitalização indevida da executora do contrato.

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

54. Além disso, caso na obra venha ocorrer um aditamento, esse pode elevar indevidamente o lucro de empreendimento, caso seja adotada a típica manobra de aumentar a quantidade de itens superfaturados ou reduzir a de itens com cotações muito baixas.

55. Vários autos nesta Casa já realçaram o presente entendimento, conforme Processos nºs 16183 e 22191/2005, que destacam a atuação do Tribunal de Contas da União acerca dessa matéria, a exemplo do contido no voto do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, proferido no Processo TC 004.742/2001-5:

"12. A experiência da fiscalização de obras públicas demonstra que são recorrentes situações como a descrita, que envolvem a conjugação dos seguintes fatores: má qualidade do projeto básico; falta de definição de critérios de aceitabilidade de preços unitários; contratação de proposta de menor preço global, compatível com a estimativa da Administração, mas com grandes disparidades nos preços unitários, alguns abaixo dos preços de mercado - justamente os de maiores quantitativos no projeto básico - e outros muito acima dos preços de mercado, de pouca importância no projeto básico; e, finalmente, o aditamento do contrato com o aumento dos quantitativos dos itens de preços unitários elevados e a diminuição dos quantitativos dos itens de preços inferiores. Os aditivos, normalmente, respeitam o limite legal de 25% para acréscimos contratuais.

13. O resultado dessa equação são obras interrompidas antes de seu término, na medida em que não mais podem ser aditadas, incapazes de proporcionar o esperado retorno à população, e executadas a preços superfaturados, tudo isso sob o manto de uma licitação aparentemente correta, em que supostamente houve competição, tendo sido adjudicada à licitante de melhor proposta, e executada com aparente respeito à legislação.

14. O nó de toda a questão reside, a meu ver, no descumprimento ou, com vênias pelo neologismo, no 'mau cumprimento' de comandos da Lei de Licitações por parte de órgãos licitantes em geral, e da COMDEPI no caso em apreço, mais especificamente dos dispositivos referentes às características e elementos constitutivos do projeto básico (art. 6º, inciso IX) e da definição de critérios de aceitabilidade dos preços unitários (art. 40, inciso X). Não é

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

demais frisar, como informado no Relatório, que a 1ª Câmara do TCU, ao apreciar o TC 926.037/1998-6, de relatoria do Ministro Humberto Souto (Decisão nº 60/1999), já se manifestou no sentido de que o estabelecimento dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, ao contrário do que sugere a interpretação literal da lei, é obrigação do gestor e não sua faculdade."

56. **Conclusão** – a justificativa constante do parágrafo 50 acima não procede.

57. O defendente contesta a afirmação registrada no parágrafo 15 da instrução anterior de que apenas uma proposta válida foi considerada. Alega que houve ampla divulgação do certame e que a inexistência de interessados “*não se constitui em causa de invalidação do procedimento licitatório*”, fls. 278/279.

58. **Análise** – o aludido parágrafo 15 da instrução anterior, comportou a seguinte redação:

“15. Na Tomada de Preços, houve apenas um proposta válida por item. A empresa EBO foi desclassificada ainda na fase de documentação, a empresa Memorial cotou preços apenas para o item 01 e a Engeforte apenas para os itens 02 a 04. Ou seja, não houve competição. Todavia a ata não faz qualquer referência a este fato, elencando as empresas como segunda colocada, mesmo para os itens que não concorreram”, fl. 63.

59. Esse achado não foi examinado de forma isolada, constituindo-se em mais um ingrediente no extenso rol de evidências caracterizadoras de cerceamento à ampla competição, que deveria ter sido observado em conjunto com os demais pela comissão de licitação. Ressalte-se que quanto à grave irregularidade, relativa empresas que não cotaram determinados itens serem deles declaradas vencedoras, o defendente não se manifestou.

60. **Conclusão** – a justificativa constante do parágrafo 61 não procede.

61. O defendente alega que é errônea a afirmação, constante do parágrafo 17 da instrução anterior, haja vista que no Convite nº 02/2009, a empresa ACS

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

Engenharia Ltda apresentou cronograma físico-financeiro; no Convite nº 05/2009, a Construtora Moura Ltda apresentou o cronograma e a composição do BDI; e no Convite nº 06/2009, a Memorial Construtora e Incorporadora Ltda apresentou ambos os documentos. Além disso, aduziu que a composição do BDI pode ser dispensada vez que *“alguns técnicos entendem que a indexação dos custos indiretos ao valor final da obra, dependendo do porte da empresa vencedora do certame, encarece o preço final”*, fls. 279/280.

62. **Análise** – a instrução anterior se manifestou acerca da matéria nos seguintes termos:

“17. Nos Convites nºs 02, 05, 06 e 07/2009, as empresas deixaram de apresentar a planilha de composição do BDI e/ou o cronograma físico financeiro, exigidos nos itens 5.1.d e 5.1.e do edital:

‘5.1 A proposta de preços deverá:

(...)

d) conter a explicitação detalhada da composição do B.D.I. (Bonificação de Despesas Indiretas);

e) apresentar Cronograma Físico-Financeiro Provisório, detalhando o prazo para execução dos serviços e as etapas componentes’”

63. Observe-se que o detalhamento dos achados para cada certame constam das respectivas planilhas resumo juntadas às fls. 24/59. Nessas, verifica-se que não há menção às empresas indicadas pelo defendente. Todavia, a Dan Engenharia e Consultoria Ltda não apresentou os dois demonstrativos nos Convites nºs 02 e 05/2009, fls. 27 e 37; enquanto incorreram em tal procedimento irregular, no Convite nº 07/2009, as empresas Engeforte Incorporações Ltda e Ciclo Engenharia e Sistemas Ltda, fl. 43.

64. Dessa forma, as aduções do defendente não atingiram as impugnações registradas, limitando-se a justificar o que não foi contestado pelo Tribunal.

65. Acerca do mencionado entendimento de técnicos, não identificados, sobre o encarecimento da obra com a apresentação da composição do BDI, releva salientar que tal estipulação consta, conforme transcrito, de cláusula editalícia que deve ser observada sob pena da devida desclassificação que não se efetivou por



Tribunal de Contas do Distrito Federal
Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

negligencia da comissão de licitação.

66. **Conclusão** – a justificativa constante do parágrafo 57 acima não procede.

67. O defendente alega que, no caso de convite, só haveria necessidade de os licitantes assinarem a ata de abertura de propostas, caso houvesse previsão no edital, haja vista o que dispõe o § 4º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, fl. 280.

68. **Análise** – os dispositivos que regem a matéria são os seguintes:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

§ 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 2º Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.”

69. O § 1º obriga a assinatura da ata pelos licitantes presentes, o § 4º

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

estipula que o art. 43 aplica-se no que couber à modalidade convite. Não se vislumbra sob qual fundamento se possa concluir para o não cabimento invocado pelo Sr. Divino.

70. **Conclusão** – a justificativa constante do parágrafo 67 acima não procede.

71. O defendente confirma o achado da instrução anterior que constatou que no Convite nº 06/2009, o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral da empresa Memorial foi emitido em data posterior à abertura das propostas, pela CPL via *internet*. Justifica, à luz de “*entendimento técnico de profissionais de licitação*”, que afirmariam que essa prática “*não é condição impeditiva para a continuidade do certame licitatório*”, fls. 280/281.

72. **Análise** – tal entendimento apócrifo não encontra respaldo no princípio da formalidade que rege os atos administrativos. Além disso, não há qualquer registro nos autos de origem que motive tal procedimento.

73. **Conclusão** – a justificativa constante do parágrafo 71 acima não procede.

74. Ao final de sua defesa, às fls. 281/286, o Sr. Divino repete as justificativas ofertadas pelo Administrador Regional, Sr Athayde Passos da Hora, cerca do fracionamento, já aqui examinadas e consideradas improcedentes.

DEFESA DE CLAUDINÉIA BORGES DE JESUS

75. Essa defendente, em sua peça de fls. 223/237, traz vários argumentos já examinados nesta instrução, à exceção do fato de não ter participado dos procedimentos de abertura dos Convites nºs 01 a 07/2009, fls. 226.

76. **Análise** – as peças de fls. 844, anexo I; 224, anexo II; 149, anexo III; 122, anexo IV; 274, anexo V; 136, anexo VI; e 127 anexo VII comprovam a sua ausência naqueles atos. Na verdade, essa componente da CPL somente participou da TP 001/2009.



Tribunal de Contas do Distrito Federal
Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

77. **Conclusão** – considerando que as ilegalidades apuradas nestes autos apontadas envolvem a repetição de procedimentos irregulares em 8 (oito) certames, não se justificativa a apenação da defendente que participou de apenas um deles, ou seja, da aludida Tomada de Preços, que, em função de seu valor de alçada, se constitui em uma modalidade dotada de procedimentos de maior divulgação e transparência. Portanto, a justificativa constante do parágrafo 75 deve ser considerada procedente.

DEFESA DE AFRÂNIO MORAIS DA CRUZ

78. Também esse defendente, no documento de fl. 240/255, não traz fato novo. Entretanto, esclarece que sua função era de secretário da sessão de abertura das propostas, que “*se restringe a parte procedimental, sem poder de decisão dada a condição de membro de CPL*”.

79. Situação semelhante já foi objeto de exame no Processo nº 11196/2009, que, por meio da Decisão nº 838/2011, considerou procedente as justificativas apresentadas por secretário de CPL em idêntica circunstância. O voto condutor da mencionada deliberação se apoiou no seguinte excerto do trabalho do Corpo Técnico lá desenvolvido:

“32. Por fim, evidencia-se que as funções desempenhadas pelo secretário da comissão, Sr. Alexandre Konstantino Popovidis, de elaborar e juntar documentos aos autos, não permite sua responsabilização pelos atos aqui impugnados, razão pela qual deva sua defesa ser considerada procedente.”

80. **Conclusão** – a justificativa constante do parágrafo 78 deve ser considerada procedente.

81. Diante do exposto, sugerimos ao egrégio Tribunal que:

I. Tome conhecimento:

a) das peças de fls. 166/189, considerando não atendida a diligência determinada pelo item “II.a” e cumpridas as demandadas pelos itens “II.b” e “II.c”, todos da Decisão nº 2887/2010;

**Tribunal de Contas do Distrito Federal**

Divisão de Acompanhamento / 1ª ICE

Proc. 4227/2010

Ass.

b) das defesas de:

b1) Claudinéa Borges de Jesus, fls. 223/237, e Afrânio Moraes da Cruz, fls. 240/270, considerando-as procedentes

b2) Manoel Ninaut Filho, fls. 186/208, considerando-a parcialmente procedente, isentando-o de penalidade, haja vista sua participação nas licitações impugnadas nestes autos cingir-se à emissão de parecer técnico não vinculante;

b3) Divino Maurício Dias, fls. 271/286, e Athayde Passos da Hora, fls. 209/222, considerando-as improcedentes;

- II. Considere revel o servidor Cláudio Herrera Passos;
- III. Aplique a sanção, prevista no art. 57, inciso II, da Lei Complementar n.º 01/1994 c/c o art. 182, inciso I, do Regimento Interno do TCDF, aos servidores Divino Maurício Dias, Athayde Passos da Hora e Cláudio Herrera Passos;
- IV. Determine à Secretaria de Estado de Governo que, no prazo de 30 (trinta) dias, informe as medidas adotadas com vistas a atender à diligência determinada pelo item “II.a” da Decisão nº 2887/2010, objetivando a audiência das empresas listadas no parágrafo 30 da Informação nº 046/2010, fls 60/71, ante a possibilidade de aplicação das sanções previstas no art. 87, c/c o art. 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93;
- V. Autorize o retorno dos autos a esta Inspeção.

À superior consideração,
Brasília, 30 de março de 2011.

Jorge Roberto Andrade do Nascimento
Diretor da Divisão de Acompanhamento/1ª ICE