

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 007.720/2012-2

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Unidade: Município de Maracanaú/CE.

Recorrentes: Marcos Barboza da Silva (CPF 002.676.458-05), Egídio Cordeiro de Abreu Filho (CPF 371.394.363-04), Francisco Eduardo Nascimento dos Santos (CPF 243.482.873-68), Edson Pereira de Sousa (CPF 548.799.063-87), Roberto Soares Pessoa (CPF 001.137.353-91), Carlos Eduardo Bandeira de Mello (CPF 072.857.793-34) e Débora Lopes de Araújo Bezerra de Menezes (CPF 032.759.214-10).

Responsáveis: A.P.B.J. Construções e Serviços Ltda. (CNPJ 07.405.573/0001-44), Carlos Eduardo Bandeira de Mello (CPF 072.857.793-34), Débora Lopes de Araújo Bezerra de Menezes (CPF 032.759.214-10), Edson Pereira de Sousa (CPF 548.799.063-87), Egídio Cordeiro de Abreu Filho (CPF 371.394.363-04), Francisco Eduardo Nascimento dos Santos (CPF 243.482.873-68), Francisco de Assis Pinto Bilhar Júnior (CPF 473.750.432-72), Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. - ME (CNPJ 07.192.755/0001-84), José Milton Lúcio do Nascimento (CPF 389.955.303-91), Marcos Barboza da Silva (CPF 002.676.458-05), Miguel Ângelo Pinto Martins (CPF 478.715.123-15), Roberto Soares Pessoa (CPF 001.137.353-91) e Suarez Leite Machado (CPF 249.171.173-72).

Representação legal: Francisco Irapuan Pinho Camurça (OAB/CE 6.476) e outros representando Francisco Eduardo Nascimento dos Santos, Marcos Barboza da Silva e Egídio Cordeiro de Abreu Filho; Márcio Christian Pontes Cunha (OAB/CE 14.471) e outros representando Roberto Soares Pessoa e Carlos Eduardo Bandeira de Mello; Adriano Pessoa Bezerra de Menezes (OAB/CE 16.755) e outros representando Débora Lopes de Araújo Bezerra de Menezes; Eugênio de Araújo Oliveira e Lima (OAB/CE 18.264) representando Edson Pereira de Souza.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. “OPERAÇÃO GÁRGULA”. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA SEM CAPACIDADE OPERACIONAL. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA. INABILITAÇÃO. INIDONEIDADE DOS LICITANTES FRAUDADORES. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS. PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DO DÉBITO E DA PENA DE INIDONEIDADE ÀS EMPRESAS FRAUDADORAS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos - Serur (peça 225), cujas conclusões foram endossadas pelos dirigentes da unidade (peças 226 e 227),

complementada pela transcrição de parecer do representante do Ministério Público junto ao TCU - MPTCU (peça 230), que apresenta divergência parcial quanto às conclusões da unidade instrutiva:

“Cuidam-se de recursos de reconsideração interpostos por Marcos Barboza da Silva, Egídio Cordeiro de Abreu Filho, Francisco Eduardo Nascimento dos Santos, Edson Pereira de Sousa, Roberto Soares Pessoa, Carlos Eduardo Bandeira de Mello e Débora Lopes de Araújo de Menezes, insurgindo-se contra o Acórdão 2.099/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Exmo. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, por meio do qual os responsáveis tiveram suas contas julgadas irregulares, com imputação de débito, multa e pena de inabilitação, em razão de fraudes em licitações e desvio de recursos públicos identificados no Contrato de Repasse 0231129-18, celebrado com o Ministério das Cidades, para a execução de serviços de pavimentação em pedra tosca das ruas 4, 8, 9, 11, 12, 14, 15, 17 e 18 de Maracanaú.

2. Eis o extrato da decisão recorrida (Acórdão 2.099/2015-TCU-Plenário - peça 121):

9.1. julgar irregulares as contas dos responsáveis Roberto Soares Pessoa ex-Prefeito Municipal; Carlos Eduardo Bandeira de Mello, ex-Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano; Edson Pereira de Sousa, Débora Lopes de Araújo de Menezes, Egídio Cordeiro de Abreu Filho, respectivamente, Presidente e Membros da Comissão de Licitação responsável pela TP 10.003/2008; Marcos Barboza da Silva, engenheiro da Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE; empresas Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. e A.P.B.J Construções Indústria Comércio e Serviços de Mão de Obra Ltda.; Francisco Eduardo Nascimento dos Santos, Miguel Ângelo Pinto Martins, José Milton Lúcio do Nascimento, Suarez Leite Machado e Francisco de Assis Pinto Bilhar Júnior, sócios das referidas empresas, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, e § 2º, 19, *caput*, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, e condená-los solidariamente ao pagamento das quantias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias para que comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora devidos, calculados a partir das datas indicadas até a dos efetivos recolhimentos, na forma da legislação em vigor:

Datas	Valor Original (R\$)
08/08/2008	78.000,00
17/12/2008	141.765,00
27/02/2009	53.391,00
15/05/2009	116.844,00

9.2. aplicar aos responsáveis Roberto Soares Pessoa, Carlos Eduardo Bandeira de Mello, Edson Pereira de Sousa, Débora Lopes de Araújo de Menezes, Egídio Cordeiro de Abreu Filho, Marcos Barboza da Silva, Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda., A.P.B.J Construções Indústria Comércio e Serviços de Mão de Obra Ltda., Francisco Eduardo Nascimento dos Santos, Miguel Ângelo Pinto Martins, José Milton Lúcio do Nascimento, Suarez Leite Machado e Francisco de Assis Pinto Bilhar Júnior a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor individual de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, na forma da legislação em vigor;

9.4. declarar a inidoneidade das empresas Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. (CNPJ 07.192.755/0001-84) e A.P.B.J Construções Indústria Comércio e Serviços de Mão de Obra Ltda. (CNPJ 07.405.573/0001-44) para participarem, pelo prazo de cinco anos, de licitação que envolva recursos públicos federais, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/92 c/c o art. 271 do Regimento Interno do TCU;

9.5. considerar graves as infrações cometidas e inabilitar os responsáveis Roberto Soares Pessoa, Carlos Eduardo Bandeira de Mello, Edson Pereira de Sousa, Débora Lopes de Araújo de Menezes,

Egídio Cordeiro de Abreu Filho, Marcos Barboza da Silva, Francisco de Assis Pinto Bilhar Júnior, Francisco Eduardo Nascimento dos Santos, José Milton Lucio do Nascimento, Miguel Ângelo Pinto Martins e Suarez Leite Machado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, pelo período de cinco anos, com fundamento no art. 60 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 270 do RI/TCU, e

9.6. com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, remeter cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado do Ceará, para o ajuizamento das ações civis e penais que entender cabíveis, e

9.7. dar ciência ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão acerca das sanções aplicadas aos responsáveis, com fundamento nos arts. 46 e 60 da Lei 8.443/1992, após o trânsito em julgado desta deliberação.

HISTÓRICO

3. A Corte de Contas realizou auditoria na Prefeitura de Maracanaú/CE no processo TC-030.943/2011-6 e, ao final, determinou a instauração de processo de tomada de contas especial para quantificar dano ao erário observado na execução fraudulenta do Contrato de Repasse 0231129-18, identificando restrição ao caráter competitivo da licitação, direcionamento da licitação e combinação de propostas (Tomada de Preços 10.003/2008-TP), com a finalidade de contratar empresa sem capacidade operacional para execução da obra e afastando o nexo causal entre os recursos e o objeto.

4. Os recorrentes exerciam as seguintes funções: **a)** Roberto Soares Pessoa: Prefeito do Município de Maracanaú/CE; **b)** Carlos Eduardo Bandeira de Mello: Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano do Município de Maracanaú/CE; **c)** Edson Pereira de Sousa: Presidente da Comissão de Licitação; **d)** Débora Lopes de Araújo de Menezes: Secretária da Comissão de Licitação; **e)** Egídio Cordeiro de Abreu Filho: membro da Comissão de Licitação; **f)** Francisco Eduardo Nascimento dos Santos: membro da Comissão de Licitação; **g)** Marcos Barboza da Silva: Engenheiro da Prefeitura responsável pelo atesto das medições da obra.

5. São as condutas imputadas aos responsáveis no curso do processo: **a)** inserção de cláusulas restritivas de competitividade, com exigência de comprovação de integralização de capital social mínimo de 10% e garantia no valor de 1% do orçamento, exibição de atestado emitido pela Secretaria de Obras Municipal de vistoria técnica prévia realizada por profissional da empresa licitante; **b)** coincidência de preços nas propostas das empresas APBJ Construções e Goiana Construção (com exceção do item 20 das propostas), fato comprobatório de conluio fraudatório; **c)** ausência de funcionários da empresa vencedora e indicação de apenas 3 funcionários da APBJ Construção na RAIS; **d)** ausência de capacidade operacional da empresa vencedora (Goiana Construções), pois a ausência de funcionários no ano de 2008 e o número de 40 funcionários no ano de 2009 constantes da RAIS não seriam suficientes para as diversas obras executadas pela empresa; **e)** existência de cláusula contratual proibindo a transferência da execução dos serviços sem anuência da Prefeitura; **f)** inexistência da empresa Goiana Construções na sede física indicada nos documentos fiscais.

6. Destaque-se que a citação de todos os responsáveis foi fundamentada na imputação da totalidade das responsabilidades, com espeque no parágrafo infra transcrito (peças 4-16):

execução fraudulenta/participação na execução fraudulenta do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628), celebrado entre o Município de Maracanaú e o Ministério das Cidades, sob interveniência da Caixa Econômica Federal, ante a constatação, por equipe de fiscalização deste Tribunal, da existência de ocorrência de fraude e conluio na licitação Tomada de Preços 10.003/2008-TP, vencida pela empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., tendo por objeto a execução de pavimentação em pedra tosca das ruas 04, 08, 09, 11, 12, 14, 15, 17 e 18 no trecho compreendido entre as Avenidas Lateral Sul e Oeste, no Bairro Sátiro, Município de Maracanaú/CE, com recursos oriundos do referido contrato de repasse, mediante restrição ao caráter competitivo, direcionamento da licitação e combinação de propostas entre os licitantes, tendo por consequência a contratação de empresa sem capacidade operacional para executar efetivamente a obra, implicando a ausência de nexo causal entre os recursos repassados e a consecução de seu objeto, e resultando na não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais liberados por meio do Contrato

de Repasse 0231129-18, conforme descrito no item 3.2.1 do Relatório de Fiscalização enviado em anexo à citação.

7. Embora as instruções (peças 67 e 118) e os pareceres do Ministério Público junto ao TCU (peças 70 e 120) houvessem concluído pela ausência de fundamentos para responsabilidade dos ora recorrentes, a decisão atacada concluiu pela responsabilização dos agentes públicos, apontando a existência de fortes indícios de que as obras não foram executadas pela empresa vencedora (item 35 da proposta de deliberação – peça 122), julgando pela irregularidade das contas em função da contratação de sociedade empresarial fictícia impeditiva da comprovação da utilização dos recursos públicos (item 38 da proposta de deliberação – peça 122).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. Nenhuma divergência a ser apontada quanto aos exames de admissibilidade realizados pela SERUR (peças 212-217) e acolhidos pela e. Relatora Ana Lúcia Arraes de Alencar (peça 219), pelo conhecimento dos recursos.

EXAME DE MÉRITO

9. Delimitação

10. Do ponto de vista formal, os recorrentes Roberto Soares Pessoa e Carlos Eduardo Bandeira de Mello (peça 161) aduzem a nulidade da decisão pela violação do princípio do contraditório, uma vez que não foi facultada a manifestação sobre as novas provas carreadas aos autos (peça 72-101) extraídas de informações trazidas pela CGU, Polícia Federal, Ministério Público e Justiça Federal.

11. No mérito, os 7 (sete) recorrentes procuram afastar a responsabilização pelo débito e multa apontando para a ausência de papel relevante na contratação da empresa irregulares, bem como o correto cumprimento das obrigações decorrente de suas funções públicas e impossibilidade de identificação da irregularidade da empresa em decorrência das exigências contidas no processo de licitação e de execução.

12. Do cerceamento de defesa

13. Alegam Roberto Soares Pessoa e Carlos Eduardo Bandeira de Mello a ocorrência de cerceamento de defesa, pela juntada de documentos posteriores à citação, para os quais não puderam se manifestar, importando a nulidade do julgamento.

Análise

14. No acórdão recorrido consta a seguinte fundamentação sobre a dispensa de intimação dos recorrentes para se manifestarem sobre os novos documentos juntados, originados do processo criminal em curso na justiça federal:

15. (...) Além disso, **o conjunto de elementos obtidos e a descrição contida no corpo dos pareceres somente corroboram a existência da fraude** apontada pela equipe de auditoria na fiscalização que deu ensejo à instauração desta tomada de contas especial (...)

16. Antes, porém, consigno em antecipação a eventual questionamento sobre se em face do conjunto de elementos obtidos junto à Justiça Federal, em decorrência do atendimento ao despacho que proferi, haveria que se conduzir o processo a um novo contraditório, antes de deliberação de mérito por este Tribunal, em razão, por exemplo, da necessária observância do devido processo legal no uso da prova emprestada, que os elementos colhidos não se revestem fundamentais à formação de juízo pela irregularidade das contas. Mesmo sem tais elementos é possível chegar-se às mesmas conclusões sobre esta tomada de contas especial, de modo que entendo despidiêda a renovação das citações. Com efeito, antes mesmo dessas informações colhidas pela Secex/CE, já se imputava fraude à execução do contrato de repasse pela realização de licitação em conluio e contratação de uma empresa sem capacidade operacional, o que significa dizer tratar-se de empresa de fachada, responsável apenas por dar ares de legalidade ao processo. Baseio-me nesses elementos, já integrantes dos autos à época das citações, para conduzir meu convencimento quanto ao mérito destas contas.

(peça 122, p. 9, Proposta de Deliberação)

15. No particular, com a devida vênia, a decisão que não admitiu o contraditório aos novos elementos juntados aos autos é incorreta, decorrente de uma compreensão limitada do princípio constitucional,

ignorando a dimensão substancial do princípio no que se refere **ao poder de influência**, qual seja, a possibilidade da parte em influir na decisão a ser prolatada, conforme se extrai da doutrina processualista:

Há, porém, ainda a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do ‘poder de influência’. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar no conteúdo da decisão do magistrado.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão. (Didier Jr., Fredie, Curso de Direito Processual Civil, Ed. Juspodium, p. 57).

16. Assim, a nova prova encartada nos autos deveria ter ensejado a manifestação das partes, embora o relator tenha aduzido que chegaria às mesmas conclusões mesmo sem a presença dos elementos de prova daquela ação penal, exatamente em respeito a possibilidade de que as partes pudessem buscar elementos contidos na prova que se traduzissem numa situação jurídica mais favorável.

17. Entende-se que qualquer elemento produzido durante a instrução processual deveria ensejar o acesso comum às partes envolvidas no processo, embora a prova seja produzida essencialmente ao convencimento do órgão julgador, pois ao responsável deve ser facultado qualificar qualquer prova produzida, bem como trazer outros elementos que possam confirmar ou infirmar a prova constante dos autos.

18. Não sem razão, o novo Código de Processo Civil, cuja aplicação ao processo de tomada de contas especial é subsidiária, traz norma expressa quanto à obrigação de oitiva prévia das partes para prolação de qualquer decisão judicial:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

19. Não se argumente, de outra sorte, que a alegação de cerceamento de defesa seria mera formalidade sem repercussão: ora, os recorrentes asseveram não terem participado da empreitada criminosa que teve curso na Prefeitura, sendo tal fato confirmado pela prova produzida (inspeção realizada no processo criminal). Ou seja, a prova produzida, na visão dos responsáveis, possui um elemento favorável à situação dos responsáveis, no sentido de comprovar a ausência de participação na fraude ocorrida durante a aplicação dos recursos, fato reportado na instrução do processo:

67. Também não constam dos processos examinados na Justiça nenhuma informação de ilícitos cometidos por nenhum dos agentes municipais arrolados como responsáveis nessa tomada de contas especial, a saber: Roberto Soares Pessoa (Prefeito Municipal de Maracanaú/CE), Carlos Eduardo Bandeira de Mello (Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano), Marcos Barboza da Silva (Coordenador de Obras da Prefeitura) e os membros da Comissão Central de Licitação da Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE, Débora Lopes de Araújo de Menezes; Edson Pereira de Sousa; Egidio Cordeiro de Abreu Filho e; Francisco Eduardo Nascimento dos Santos. (peça 118, p. 18)

20. Portanto, há de se reconhecer uma nulidade no procedimento de instrução, justificando a anulação do processo desde aquela fase (instrução – peça 118), abrindo-se novo prazo para que os responsáveis possam se manifestar sobre os novos elementos probatórios trazidos aos autos.

21. Dos elementos para caracterização da irregularidade relativamente a inserção de cláusulas e condições restritivas no edital de licitação TP 10.003/2008-TP

22. Aduzem os recorrentes que a exigência de capital integralizado mínimo de 10% bem como a garantia de propostas não seriam cláusulas restritivas pois estariam justificadas pelos arts. 31 e 56 da Lei de Licitações, sendo necessárias para afastar empresas aventureiras e garantir a execução da obra.

23. Entendem não haver proibição da instituição simultânea das cláusulas editalícias pela leitura do art. 31 da Lei 8.666/93, distinguindo a garantia de execução (art. 31, § 2º) da garantia de proposta (art. 31, III) e

argumentando pela validade da interpretação adotada no Edital. Afirmam a ausência de prejuízo pela inexistência de empresa inabilitada pelas cláusulas em comento, bem como a baixa relevância das cláusulas indicadas.

24. No que concerne a exigência de visita técnica pelo detentor do acervo da empresa licitante, afirmam a previsão legal contida no art. 30, III, *fine* da Lei 8666/93, uma vez que o Edital previa a contratação profissional de nível profissional com acervo similar a obra licitada, sendo que a visita técnica realizada por outra pessoa que não aquela responsável direta pela obra seria inútil, não sendo possível a elaboração de questionamentos concretos.

Análise

25. No que tange a vedação à simultaneidade de exigências em Edital de licitação, o entendimento correto está fixado na Súmula 275, cuja aprovação se deu no Acórdão 1.321/2012-TCU-Plenário, de **30/5/2012**:

Súmula 275 do TCU

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços. (destaques inseridos)

26. Como se vê, trata-se da consolidação de entendimento em momento posterior a licitação realizada (em 2008) pelo Município de Maracanaú, justificando, de forma razoável, as cláusulas inseridas no edital de licitação, uma vez que extraídas da literalidade da Lei de Licitação no que se refere a exigência de qualificação econômico-financeira das empresas proponentes (art. 31 da Lei 8.666/93).

27. Ademais, analisando a ata de reunião que promoveu a habilitação das propostas da Tomada de Preços 10.003/2008 (peça 15, p. 1, do TC-030.943/2011-6), a proposta da empresa **Simmer Construções Ltda.** foi inabilitada por descumprimento de exigências relativas a visita técnica, demonstrando que, no caso concreto, as exigências de qualificação econômico-financeira contidas no Edital não tiveram a capacidade de afastar licitantes, levando a compreensão de que a inserção das cláusulas em comento ocorreu predominantemente por erro de interpretação por parte dos agentes públicos e não por uma finalidade específica de direcionamento do certame.

28. Também não se pode ignorar que as exigências na licitação em comento importavam integralização de capital social no valor de R\$ 58.056,92, bem como o oferecimento de R\$ 5.805,69, mostrando-se valores razoáveis para qualquer empresa de engenharia, fato corroborado pela participação de uma terceira proponente (**Simmer Construções**).

29. No que tange a exigência de visita técnica, colhem-se na jurisprudência da Corte alguns critérios sugestivos de restrição da competitividade: a) restrição das pessoas admitidas à visita técnica (somente sócio administrador – Acórdão 2.416/2017-TCU-1ª Câmara. Rel. Min. Weder de Oliveira); b) baixa complexidade do objeto (Acórdão 1.215/2014-TCU-1ª Câmara. Rel. Min. José Múcio Monteiro); c) limitações temporais curtas (Acórdão 714/2014-TCU-Plenário. Rel. Min. José Jorge); d) visitas técnicas coletivas que permitem o conhecimento dos potenciais licitantes (Acórdão 2.672/2016-TCU-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler).

30. Dos diversos critérios empregados nos julgados da Corte, vê-se que a licitação em particular admitiu, por exemplo, a visita técnica realizada por sócio administrador, diretor ou responsável técnico da empresa, expandindo a quantidade de profissionais admitidos a visita. Embora os autos não contenham o instrumento convocatório, mas apenas a minuta utilizada (peça 27 do TC-030.943/2011-6), verifica-se que o agendamento de visitas não foi realizado de forma coletiva (data única para vista), conforme se extrai do item 3.5.3.1 do Edital.

31. Ao final, poder-se-ia intuir que a cláusula em comento seria extravagante em razão da baixa complexidade da obra (obra de drenagem, terraplenagem e pavimentação poliédrica das ruas do Bairro de Santo Sátiro – item 1.1 do Edital). Todavia, há que se admitir que a visita técnica em si mesma não se mostrou um impeditivo absurdo, especialmente em razão da relativa proximidade do Município de Maracanaú, que fica localizado na região metropolitana de Fortaleza e há 24 km da capital, local onde se presumiria a sede das empresas relevantes para a espécie de obra, novamente indicando que a exigência de

visita técnica em obra de baixa complexidade inserida no Edital deve ser creditada a uma erro por parte dos membros da comissão de licitação e não por uma finalidade concreta de direcionamento do certame.

32. Aponte-se que o prejuízo decorrente da desqualificação de uma terceira empresa (Simmer Construções Ltda.) decorreu do princípio da vinculação ao edital. Embora a exigência de visita técnica do detentor do acervo técnico para uma obra de baixa complexidade não devesse ser incluída em Edital, a Comissão de Licitação procedeu corretamente ao julgar a habilitação segundo o critério explicitado no Edital (itens 3.5.2.2, 3.5.2.4 e 3.5.3), inabilitando a empresa que ‘apresentou documentos de habilitação em desacordo com as descrições anteriores’ (item 3.8 do Edital), em observância ao critério de objetividade contido no art. 3º da Lei de Licitações.

33. Dos elementos para caracterização da irregularidade relativamente a coincidência de proposta de preços, da sede empresarial fora do endereço indicado, da ausência de empregados segundo a RAIS e da ausência de capacidade operacional da empresa vencedora

34. Entendem os recorrentes que a coincidência de preços das propostas das empresas adviria do alinhamento dos preços com os valores contidos no orçamento base da Prefeitura para a obra, se distinguindo apenas no item de pavimentação do sistema viário. Alegam a inexistência de relação entre sócios, representantes, responsáveis técnicos, bem como a ausência de inserção das propostas (datas de emissão ou carimbos de autenticação) e diferença de endereços das empresas que pudessem indicar combinação entre as empresas.

Análise

35. De regra, o critério para análise de combinação de propostas, conforme indicado nos itens 22 e 23 do Voto condutor da decisão, consiste na análise dos elementos das propostas em si: redações idênticas, formatações gráficas similares, frases similares ou carimbos idênticos, elementos que não foram identificados nas propostas encaminhadas (peças 46 e 47 do TC-030.943/2011-6).

36. A coincidência de preços, por si só, não se afiguraria como suficiente para a caracterização de combinação de propostas, uma vez que a coincidência de preços decorria da adoção dos parâmetros contidos no Orçamento Consolidado 1130, adotado como preço de referência da Prefeitura (peça 27, p. 24 do TC-030.943/2011-6).

37. Ou seja, a coincidência de preços se dava, não em um quantitativo arbitrário (circunstância certamente reveladora de combinação de propostas), mas em função dos valores de referência contidos no Edital. E, ao revés, a divergência de preços das propostas ocorria precisamente no item de maior relevância da obra (item 20. Pavimentação do Sistema Viário: R\$ 303.257,07), correspondente a 52% da proposta total de R\$ 580.569,24.

38. Labora corretamente a decisão atacada quando reconhece a ocorrência de combinação de propostas ao associar a análise de preços das propostas com outros elementos colhidos na instrução (ausência de sede da empresa Goiana no endereço indicado, ausência de empregados registrados conforme a RAIS, indicativo de fraudes praticadas pela empresa segundo a Operação Gárgula).

39. Todavia, **o reconhecimento da fraude, por meio do efetivo conluio na formulação das propostas (vide item 25 da proposta de deliberação condutora do acórdão), não pode ser estendido aos agentes públicos recorrentes**, uma vez que não existe elemento que aponte para o conhecimento ou a participação dos recorrentes na elaboração das propostas de preços acertadas ou, em menor grau, o conhecimento daqueles elementos indicativos de irregularidade da empresa vencedora.

40. Não era exigível, no curso da sessão que analisou os preços das propostas (peça 14, p. 1 do TC-030.943/2011-6), a vistoria *in loco* da sede da empresa vencedora ou a exigência da exibição da RAIS, ocorrências que remotamente indicariam fraude licitatória praticada pelas empresas de fachada. Não há nenhum elemento nos autos que aponte para comportamentos ou omissões legais que importassem a responsabilização dos agentes públicos municipais, sendo forçoso reconhecer que as provas coletadas no processo de tomada de contas especial não permitem aferir o conhecimento, por parte dos agentes públicos do Município, da irregularidade das empresas envolvidas na Operação Gárgula, deflagrada em período posterior (cuja convolação em ação penal se deu no ano de 2014 – item 32, peça 118, p. 8).

41. Na mesma linha, a ausência de capacidade operacional da empresa vencedora não era um fato que pudesse ser conhecido pelos agentes municipais, ao menos em vista dos documentos exigíveis no curso da licitação e contidos no processo de contas. Ou, de outra forma, não há elementos probatórios que conduzam a ideia de que os agentes públicos tenham se associado para a prática de fraude no curso da licitação.

42. Note-se, por exemplo, no que tange a capacidade operacional da empresa vencedora do certame, que as empresas participantes da empreitada criminosa buscavam dar aparência de legalidade as atividades, **ocultando dos agentes públicos a situação de irregularidade, contratando os funcionários efetivos da obra em nome da empresa Goiana**, segundo se extrai de relato contido na ação penal:

que, em meados de maio do ano de 2009, aceitou que seus funcionários [funcionários da empresa RC Instalações] tivessem suas carteiras de trabalho assinadas pela empresa Goiana a fim de que pudessem iniciar as obras no Município de Maracanaú/CE (peça 118, p. 17-18)

43. Não se pode olvidar que a análise dos documentos contidos na operação policial determinara, até aquele momento da apuração, a ausência de ilícitos cometidos pelos gestores municipais (peça 118, p. 18, § 67). Embora a ausência de menção no processo criminal não possa servir de elemento exoneratório, trata-se de circunstância que milita favoravelmente as alegações recursais, no sentido de ausência de participação nas ilicitudes cometidas no processo de licitação e execução da obra.

44. Das circunstâncias para responsabilidade do Prefeito e do Secretário de Infraestrutura do Município decorrente da culpa in vigilando em relação a dimensão do Município

45. Os responsáveis Roberto Soares Pessoa, ex-Prefeito do Município de Maracanaú, e Carlos Eduardo Bandeira de Mello, ex-Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano do Município, alegam que a condenação se fundamenta em mera presunção, por não haver provas do fato que haver conluio entre as propostas apresentadas pelas empresas.

Análise

46. Conforme analisado nos itens anteriores, não existe demonstração de participação do ex-Prefeito e do então Secretário de Infraestrutura nas irregularidades decorrentes da participação das empresas fraudulentas. Embora os indícios sejam robustos no sentido da ocorrência de fraude na participação das empresas, não há elementos suficientes para indicar que a ação dos agentes públicos nos procedimentos de licitação e execução contratual foi deliberada no sentido de favorecimento da empresa vencedora.

47. Destaque-se que a imputação originária ao ex-Prefeito se circunscrevia apenas a **ausência de supervisão dos trabalhos realizados pelos membros da Comissão de Licitação** (item 3.2.9 da Instrução contida na peça 59, p. 24-26 do TC-030.943/2011-6), sendo que não há assinatura do Prefeito ou ingerência direta em qualquer das evidências empregadas para a imputação da responsabilidade:

Instrumento Convocatório (Edital) da TP 10.003/2008, Proposta de Preços da Empresa A.P.B.J. Construções Indústria e Comércio e Serviços de Mão de Obras Ltda., Proposta de preços da Empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., fl. 1-4, Contrato nº 1000.08.05.12.01, assinado em 12/05/2008., 1-8, CNPJ Goiana - CNPJ da Empresa Goiana, folha 1, CNPJ CATETO - Consulta CNPJ da empresa Cateto Construções Ltda., folha 1, RAIS - Relatório RAIS da Empresa Goiana, folhas 1/8, Consulta Portal da Transparência - Relatório do Portal da Transparência do TCM-CE com as informações dos Valores recebidos pela empresa Goiana, em 2009, referente a contratos com 29 Prefeituras Municipais., folha 1, Consulta ao Portal da Transparência do TCM-CE, com informações de algumas licitações vencidas pela empresa Goiana no exercício de 2009., fls. 11-22, CNPJ A.P.B.J. - Consulta CNPJ A.P.B.J. folha 1, CNPJ - Consulta CNPJ da empresa Caldas e Furlani, folha 1, Planilha Comparativa - Planilha comparativa entre os preços das licitantes da Tomada de Preços nº 10.003/2008-TP, folha 1, Relatório Fotográfico - Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda., Auto de Apreensão Polícia Federal – fls. 1-4, Ata de Julgamento dos Documentos de Habilitação (TP 10.003/2008), fl. 1-4 e Ata de Julgamento Proposta de Preços (TP 10.003/2008), fl. 1-4.

48. No que tange à responsabilização do ex-Secretário de Infraestrutura, as imputações também se resumiam a **ausência de supervisão dos trabalhos realizados pelos membros da Comissão de Licitação** (item 3.2.9 da Instrução contida na peça 59, p. 24-26 do TC-030.943/2011-6), sendo a única evidência de ato próprio praticado pelo ex-Secretário a assinatura do contrato inicial da obra (peça 57 do TC-030.943/2011-6)

49. Em verdade, ainda que se buscasse a imputação pela adoção da modalidade de culpa *in vigilando*, a responsabilização desses gestores deveria ser afastada, devendo se admitir a exclusão da responsabilidade dos gestores quando se mostra pouco razoável a exigência do controle da totalidade dos atos dos subordinados, nos casos, por exemplo, em que o tamanho do Município cria um distanciamento das instâncias responsáveis pela execução do programa público:

Ademais, acolho a tese do defendente de que a ele, na condição de dirigente máximo do município de Araguari, não caberia exercer a supervisão e controle dos atos de seus subordinados no nível requerido nestes autos, em que se discute a exata correspondência entre os bens e equipamentos adquiridos pela Secretaria Municipal de Saúde e aqueles originalmente previstos no Plano de Trabalho. Como assinalou o voto condutor do [acórdão 6.934/2015-1ª Câmara](#) (relator ministro Benjamin Zymler):

‘A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto. A autoridade delegante pode ser responsabilizada sempre que verificada a fiscalização deficiente dos atos delegados (culpa *in vigilando*), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (culpa *in eligendo*).’

8. Na mesma linha, assinalou o voto condutor do [acórdão 5333/2011-2ª Câmara](#) (relator ministro José Jorge):

‘A teoria da culpa da má escolha (*in eligendo*) ou da culpa da ausência de fiscalização (*in vigilando*) não impõe ao prefeito o dever de fiscalizar todo e qualquer ato praticado pelos gestores municipais. A realização do controle nesses moldes torna inviável tanto a fiscalização pretendida, em face do grande número de atos a serem examinados, quanto o exercício do mandato, eis que não haverá tempo hábil para o desempenho das funções no executivo municipal.’

9. Observe-se que o município de Araguari figura dentre os menos de 7% dos municípios brasileiros que contam com população superior a cem mil habitantes, não se podendo exigir de seu prefeito municipal comportamento equiparável aos dirigentes de municípios de menor porte.

(Acórdão 8028/2016 - 2ª Câmara)

50. Diga-se de passagem, o Município de Araguari indicado no paradigma supra possui dimensões populacionais próximas ao Município de Maracanaú, ratificando a incidência do paradigma ora aludido.

51. Das circunstâncias para responsabilidade dos membros da comissão de licitação decorrente da inserção das cláusulas de edital restritivas

52. Alegam os recorrentes que agiram com a finalidade de obtenção das propostas mais vantajosas para a Administração, sendo que o contrato da obra de pavimentação foi corretamente executado, com a entrega do objeto contratual e, portanto, não havendo elementos para caracterização de improbidade administrativa e lesão ao erário.

Análise

53. O fundamento preponderante para a condenação dos membros da comissão de licitação seria a contratação de sociedade empresarial fictícia que impediria a comprovação da utilização regular dos recursos públicos (item 38 Voto – peça 122, p. 13).

54. Ora, inexistente no processo de contas um elemento probatório no sentido de afirmar que a exigência de capital integralizado mínimo de 10% simultânea a garantia de propostas e a exigência de visitas técnicas tenham sido relevantes para a perpetuação da fraude licitatória, especialmente no caso em que uma empresa que não fazia parte do *pool* de empresas da organização criminosa atendeu à convocação do edital de licitação (**Simmer Construções Ltda.** – empresa fora da relação contida na peça 77, p. 3-4).

55. Conquanto a empresa A.P.B.J Construções tenha recebido valores para não participar de obra diversa (Concorrência Pública 08.002/2007), para execução dos serviços de ampliação e urbanização no Município de Maracanaú-CE, sugerindo a cooptação dessa empresa pelo esquema criminoso, não há elementos que indiquem a participação na empreitada criminosa por parte da empresa Simmer Construções, o que fragiliza o fundamento adotado na veneranda decisão de que o processo licitatório tenha sido completamente forjado.

56. Assim, é razoável assumir que a inserção por parte de Edson Pereira de Souza, responsável pela elaboração do Edital TP 10.003/2008 (vide itens 173, p. 21, e 49, p. 39, do relatório), de cláusulas que, em

tese, seriam restritivas de competitividade (exigência simultânea de capital mínimo integralizado e garantia de proposta e visita técnica para obra de baixa complexidade), não pode levar a conclusão de que aquele e os demais agentes públicos (membros da comissão de licitação) tenham desempenhado sua função com a finalidade de sagrar vencedora a empresa fictícia (Goiana Construções), pelo fato de que não era possível o conhecimento da situação de irregularidade das empresas no momento da licitação, por parte dos agentes da comissão de licitações.

57. Particularmente no que tange a responsabilização da servidora Débora Lopes de Araújo de Menezes, verifica-se que a agente pública atuou exclusivamente na função de secretariado, conforme se extrai das atas de julgamento (peça 15 e 16 do TC-030.943/2011-6). Nesse sentido, reduzir a termo as ocorrências das reuniões da comissão de licitação não é ato decisório capaz de influir na contratação de empresa fraudulenta. Inexiste nos autos qualquer termo de designação que possa indicar que a servidora tenha exercido atribuições deliberativas, razão pela qual o julgamento de regularidade das contas dessa servidora agrega um fundamento adicional e autônomo.

58. Das circunstâncias para responsabilidade do engenheiro responsável pelo atestamento das medições da obra

59. Marcos Barboza da Silva, engenheiro responsável pelo atesto das medições, alega que seus atos estariam restritos ao atestamento da correta execução da obra física, fato corroborado pelos técnicos da Caixa Econômica Federal (CEF), não tendo participado dos atos relativos a licitação da obra.

Análise

60. A atividade de fiscal de obra está caracterizada no art. 67 da Lei de Licitações, sendo obrigação do engenheiro da Prefeitura o acompanhamento da obra e, deste modo, não se mostra razoável a responsabilização do servidor em razão da contratação de empresa sem capacidade operacional:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

61. Não se pode olvidar que o *modus operandi* das empresas criminosas envolvia a ocultação da situação de irregularidade e, deste modo, se presume a inexistência de elementos concretos para que o engenheiro responsável pelo atestamento da obra pudesse identificar que empresa diversa estivesse realizando a obra, uma vez que a Construtora Goiana empregava funcionários da empresa efetivamente responsável pela obra.

62. Haveria fundamento para a responsabilização do engenheiro da Prefeitura caso a obra se apresentasse incompleta, com defeitos ou divergente do projeto contratado, fato que não corresponde a aferição realizada pela instituição financeira responsável pelo acompanhamento da obra (CEF – peça 103 – última medição em 24/8/2009), mostrando que o responsável em tela exerceu a atividade de fiscalização nos limites das exigências da função outorgada.

CONCLUSÃO

63. A nova prova trazida nos autos, ainda que não tenha modificado o entendimento do órgão julgador, deveria ter ensejado a abertura do contraditório, em atenção a dimensão substancial do princípio, consistente na possibilidade de influenciar a decisão, dando as partes a possibilidade de interpretar a prova de forma favorável a sua situação ou mesmo trazer novos elementos que importassem numa situação jurídica melhorada. No caso, deve-se observar a incidência subsidiária do Código de Processo Civil quanto ao dever de oitiva da parte antes de qualquer julgamento, justificando o acolhimento da alegação preliminar de nulidade.

64. No que concerne a inclusão de cláusulas restritivas tanto de exigência cumulativa de capital mínimo e garantia de proposta, bem como a exigência de visita técnica, verifica-se que a inclusão decorreu de ignorância por parte da Comissão de Licitação, não havendo elementos que possam indicar finalidade específica de direcionamento da licitação, uma vez que a participação de empresa distinta (Simmer Construções Ltda.) não é consistente com a narrativa de licitação forjada.

65. Não há prova de que os elementos adicionais (ausência de sede da empresa Goiana no endereço indicado, ausência de empregados registrados conforme a RAIS e indicativo de fraudes praticadas pela empresa segundo a Operação Gárgula) eram de conhecimento dos agentes públicos municipais, razão pela qual a mera estrutura de preço das propostas, analisada por si só, não sugeria aos membros da comissão de licitação a ocorrência de conluio, uma vez que os preços coincidiam com os valores de referência da Prefeitura contidos no orçamento anexo ao Edital.

66. Favoravelmente a situação do ex-prefeito e do ex-secretário de obras, ainda que se buscasse a imputação pela adoção da modalidade de culpa *in vigilando*, a responsabilização desses gestores deveria ser afastada, devendo se admitir a exclusão a responsabilidade do gestor quando se mostra pouco razoável a exigência do controle da totalidade dos atos dos subordinados, especialmente em razão do tamanho do Município, conforme destacado na jurisprudência da Corte.

67. No que tange a responsabilização dos membros da comissão de licitações, conquanto o fundamento preponderante seja a contratação de sociedade empresarial fictícia, os elementos demonstram que os agentes não realizaram um processo fictício, dando ensejo a participação de licitante fora do cartel de empresas participantes da empreitada criminosa, sendo que a contratação de empresa sem capacidade operacional não pode ser imputada aos membros da comissão.

68. Em particular, a responsabilização da servidora Débora Lopes de Araújo de Menezes se mostra desarrazoada, uma vez que a agente pública atuando na função de secretariado não detinha função deliberativa na comissão, não havendo documento que aponte para a relevância da conduta da servidora.

69. A obra foi concluída segundo a forma contratada, consoante a fiscalização empreendida pela Caixa, razão pela qual a responsabilização do engenheiro da prefeitura não se mostra cabível, uma vez que a atividade fiscalizatória foi desempenhada dentro da expectativa normativa (art. 67 da Lei 8.666/93), devendo se destacar que o modus operandi da empresa criminosa envolvia a contratação de funcionários para ocultar dos agentes de fiscalização a situação de ilegalidade na obra contratada.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração contra o Acórdão 2.099/2015-TCU-Plenário, propondo, com base nos artigos 32 e 33 da Lei 8.443/92, conhecer os recursos interpostos e dar provimento aos recursos de Marcos Barboza da Silva, Egídio Cordeiro de Abreu Filho, Francisco Eduardo Nascimento dos Santos, Edson Pereira de Sousa, Roberto Soares Pessoa, Carlos Eduardo Bandeira de Mello e Débora Lopes de Araújo de Menezes, para:

- a) anular a decisão em função da violação ao princípio do contraditório e ampla defesa;
- b) alternativamente, caso vencida a alegação preliminar, julgar regular as contas dos responsáveis, afastando as penalidades indicadas na decisão.
- c) dar ciência da decisão a ser adotada à Procuradoria da República no Estado do Ceará e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.”

2. A representante do MPTCU manifestou-se nos seguintes termos:

“Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Marcos Barboza da Silva, Egídio Cordeiro de Abreu Filho, Francisco Eduardo Nascimento dos Santos, Edson Pereira de Sousa, Roberto Soares Pessoa, Carlos Eduardo Bandeira de Mello e Débora Lopes de Araújo de Menezes contra o Acórdão n.º 2.099/2015-TCU-Plenário.

2. A aludida deliberação julgou irregulares as contas dos recorrentes, com imputação de débito, multa e pena de inabilitação, em razão de fraudes em licitações e desvio de recursos públicos identificados no Contrato de Repasse n.º 0231129-18, celebrado entre o Ministério das Cidades e o Município de Maracanaú, para a execução de serviços de pavimentação.

3. Os recorrentes Roberto Soares Pessoa e Carlos Eduardo Bandeira de Mello (peça 161) aduziram a nulidade da decisão pela violação do princípio do contraditório, uma vez que não foi facultada a manifestação sobre as novas provas carreadas aos autos (peça 72-101), provenientes da CGU, Polícia Federal, Ministério Público e Justiça Federal.

4. Além do argumento processual, em apertada síntese, os recorrentes aduziram, no mérito, a ausência de papel relevante na contratação da empresa, bem como o correto cumprimento das obrigações decorrente de

suas funções públicas e impossibilidade de identificação da irregularidade da empresa em decorrência das exigências contidas no processo de licitação e de execução.

5. A Secretaria de Recursos, acolhendo as razões recursais, manifestou-se por que o Tribunal declare a nulidade do Acórdão n.º 2.099/2015-TCU-Plenário, haja vista a inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

6. Alternativamente, no mérito, a Unidade Técnica acolheu as razões recursais e propôs o julgamento das contas dos recorrentes pela regularidade.

7. Esta representante do Ministério Público, com as vênias de estilo, diverge parcialmente da proposta formulada pela Secretaria de Recursos, pelas razões que passa a expor.

8. Não se vislumbra na decisão recorrida ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Conquanto deva se reconhecer que os responsáveis não tiveram oportunidade de contraditar as novas provas carreadas aos autos (peças 72-101), não se pode ignorar que a proposta de deliberação condutora do Acórdão n.º 2.099/2015-TCU-Plenário consignou expressamente que o juízo de irregularidade não se fundou nas aludidas provas:

16. Antes, porém, consigno em antecipação a eventual questionamento sobre se em face do conjunto de elementos obtidos junto à Justiça Federal, em decorrência do atendimento ao despacho que proferi, haveria que se conduzir o processo a um novo contraditório, antes de deliberação de mérito por este Tribunal, em razão, por exemplo, da necessária observância do devido processo legal no uso da prova emprestada, **que os elementos colhidos não se revestem fundamentais à formação de juízo pela irregularidade das contas. Mesmo sem tais elementos é possível chegar-se às mesmas conclusões sobre esta tomada de contas especial, de modo que entendo despidiêda a renovação das citações.** Com efeito, antes mesmo dessas informações colhidas pela Secex/CE, já se imputava fraude à execução do contrato de repasse pela realização de licitação em conluio e contratação de uma empresa sem capacidade operacional, o que significa dizer tratar-se de empresa de fachada, responsável apenas por dar ares de legalidade ao processo. **Baseio-me nesses elementos, já integrantes dos autos à época das citações, para conduzir meu convencimento quanto ao mérito destas contas.**

9. De acordo com o princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), somente serão nulos os atos processuais que causem prejuízo às partes. Como a proposta de deliberação consignou que as aludidas peças não foram utilizadas, não há se falar em prejuízo processual às partes e, tampouco, de nulidade da decisão por vício processual.

10. Nada obstante, haja vista que os documentos não foram contraditados, cumpre alertar sobre a impossibilidade de sua utilização *in pejus* nas fases processuais posteriores, incluída a presente fase recursal, sob o risco de se ferir os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Dessa forma, com vistas a evitar a utilização inadvertida de tais documentos, e sem perder de vista que não foram sopesadas no juízo de mérito, sugere-se ao Tribunal que determine o seu desentranhamento dos autos.

11. Quanto ao mérito recursal, esta representante do Ministério Público mantém sua convicção acerca da regularidade das contas dos gestores municipais.

12. A citação de todos os responsáveis foi fundamentada na seguinte conduta (peças 4-16):

Descrição das irregularidades: execução fraudulenta/participação na execução fraudulenta do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628), celebrado entre o Município de Maracanaú e o Ministério das Cidades, sob interveniência da Caixa Econômica Federal, ante a constatação, por equipe de fiscalização deste Tribunal, da existência de ocorrência de fraude e conluio na licitação Tomada de Preços 10.003/2008-TP, vencida pela empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., tendo por objeto a execução de pavimentação em pedra tosca das ruas 04, 08, 09, 11, 12, 14, 15, 17 e 18 no trecho compreendido entre as Avenidas Lateral Sul e Oeste, no Bairro Sático, Município de Maracanaú/CE, com recursos oriundos do referido contrato de repasse, mediante restrição ao caráter competitivo, direcionamento da licitação e combinação de propostas entre os licitantes, tendo por consequência a contratação de empresa sem capacidade operacional para executar efetivamente a obra, implicando a ausência de nexo causal entre os recursos repassados e a consecução de seu objeto, e resultando na não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais liberados por meio do Contrato de Repasse 0231129-18, conforme descrito no item 3.2.1 do Relatório de Fiscalização enviado em anexo à citação.

13. Da conduta ora transcrita pode-se deduzir que a suposta fraude à licitação decorreu de (i) restrição do seu caráter competitivo, (ii) direcionamento do certame e (iii) combinação de propostas entre os licitantes. Tais irregularidades tiveram por consequência a contratação de empresa sem capacidade operacional, situação que implicaria a ausência de nexo de causalidade entre os recursos repassados e a execução do objeto do contrato de repasse.

II

14. A restrição do caráter competitivo e o direcionamento do certame, por sua vez, decorreriam (i) da exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios de licitações, de requisitos de capital social mínimo e garantias previstas no § 1.º do art. 56 da Lei n.º 8.666/93 e (ii) da exigência editalícia de que o profissional responsável técnico da empresa licitante efetuasse visita prévia ao local onde seriam realizados os serviços da obra. Conquanto tais irregularidades tenham ocorrido, não se vislumbra as consequências a elas atribuídas. Dito de outra forma, não se afigura razoável presumir a restrição do caráter competitivo e o direcionamento do certame em razão dos mencionados erros no edital, conforme se passa a expor.

15. Como se sabe, é irregular a exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios de licitações, de requisitos de capital social mínimo e garantia da proposta (súmula TCU n.º 275). Tal irregularidade, no caso concreto, resultou na exigência cumulativa de capital integralizado mínimo de R\$ 58.056,92 e de R\$ 5.805,69. Note-se que, fosse exigido somente o capital social mínimo, como se faz comumente, não se estaria a discutir restrição à competitividade do certame. Assim, forçoso concluir que a pecha de restrição à competitividade do certame decorre da exigência de garantia no valor de R\$ 5.805,69, valor ínfimo quando se está a tratar de empresas da construção civil. Nesse contexto, extrair da aludida irregularidade a conclusão de que houve restrição à competitividade e direcionamento do certame seria medida desproporcional e desarrazoada.

III

16. No tocante à exigência de que o profissional responsável técnico da empresa licitante efetuasse visita prévia ao local da obra, também restou configurada a irregularidade. Nada obstante, o erro em que incorreram os gestores municipais mostra-se amparado em interpretação literal razoável da Lei de Licitações e Contratos.

17. Isso porque o inciso III do art. 31 da Lei n.º 8.666/93 dispõe que a documentação relativa à qualificação técnica contemplará a *‘comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que [o licitante] recebeu os documentos, e, quando exigido, de que [o licitante] tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação’*.

18. Neste ponto, convém destacar que o art. 31 da LINDB dispõe que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. A nosso sentir, a interpretação dada pelos gestores municipais ao mencionado inciso III do art. 31 da Lei n.º 8.66/93, à época da licitação (2008) não configura o dolo de fraudar, restringir ou direcionar a licitação em exame, tampouco caracteriza o erro grosseiro ou a culpa grave.

19. Em acréscimo, corroboramos as ponderações do Auditor da Secretaria de Recursos no sentido de que, no que tange à exigência de visita técnica, pode-se extrair da jurisprudência do TCU alguns critérios sugestivos de restrição da competitividade: a) restrição das pessoas admitidas à visita técnica (somente sócio administrador – Acórdão n.º 2.416/2017-TCU-1.a Câmara. Rel. Min. Weder de Oliveira); b) baixa complexidade do objeto (Acórdão n.º 1.215/2014-TCU-1.a Câmara. Rel. Min. José Múcio Monteiro); c) limitações temporais curtas (Acórdão n.º 714/2014-TCU-Plenário. Rel. Min. José Jorge); d) visitas técnicas coletivas que permitem o conhecimento dos potenciais licitantes (Acórdão n.º 2.672/2016-TCU-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler).

20. Da minuta do instrumento convocatório (peça 27 do TC-030.943/2011-6) pode-se observar que o certame (i) admitiu a visita técnica realizada por sócio administrador, diretor ou responsável técnico da empresa, expandindo a quantidade de profissionais admitidos à visita, e (ii) não estabeleceu a visita de forma coletiva ou com curtas limitações temporais conforme se extrai do item 3.5.3.1 do Edital.

21. Poder-se-ia aduzir, então, que a cláusula em comento seria restritiva em razão da baixa complexidade da obra. Todavia, ainda que a baixa complexidade da obra não justifique a exigência de visita técnica, forçoso admitir que a exigência de visita técnica não obsteu o acesso ao certame, haja vista que o Município de Maracanaú fica a apenas 24 km de Fortaleza, local onde se presume a sede da maioria das potenciais licitantes interessadas na obra.

22. Dessa forma, a nosso sentir, a exigência de visita técnica em obra de baixa complexidade inserida no Edital deve ser creditada a um erro dos gestores municipais e não a um dolo de fraudar ou direcionar o certame.

IV

23. Passa-se a examinar a suposta combinação de propostas entre os licitantes, cujo elemento caracterizador seria a coincidência das propostas de preços apresentadas pelas empresas licitantes Goiana Construções e Montagens Ltda. e A.P.B.J Construções Indústria e Comércio de Mão de Obra Ltda. para quase todos os itens, com exceção do item 20 (item de maior valor da planilha) e seus subitens.

24. A coincidência nos itens das propostas seria um indicativo robusto de conluio entre as licitantes se as propostas fossem formuladas sem quaisquer parâmetros da Administração. Nesta hipótese, seria extremamente improvável uma coincidência de propostas em ambiente competitivo, razão por que se poderia valorar tal coincidência de forma a presumir o conluio entre as licitantes.

25. Contudo, conforme já explicitado pela primeira instrução de mérito dos presentes autos (peça 67, pp. 10-11), a coincidência de valores para os itens da proposta de preços decorre do fato de que as licitantes adotaram para quase todos os itens, com exceção do item 20 (item de maior valor!) e de seus subitens, os preços existentes na planilha orçamentária constante do edital TP 10.003/2008.

26. Note-se que a existência de uma planilha da Administração como referencial de preços - preços estes que se repetem nas propostas das licitantes - enfraquece demasiadamente a coincidência de valores como prova de conluio entre as licitantes, haja vista que as propostas apresentadas foram formuladas a partir da mesma planilha de preços. A coincidência das propostas, nessa situação, não caracteriza uma situação improvável que possa viabilizar a convicção do conluio. Provavelmente, houvesse mais licitantes, existiriam mais 'coincidências' com a planilha da Administração e conseqüentemente entre os licitantes.

27. Ressalta-se que a auditoria não apontou outros indícios de conluio nas propostas apresentadas pelas empresas licitantes, tais como propostas com mesmo padrão gráfico, empresas com sócio em comum, atuação em endereços coincidentes, ou qualquer outro elemento que vinculasse as propostas.

28. Nesse contexto, parece-nos que o conjunto probatório constante dos autos não permite concluir que houve conluio entre as licitantes e tampouco que os membros da comissão de licitação deveriam ter impugnado as referidas propostas de preços.

V

29. Cumpre realçar que houve a execução da obra objeto do contrato de repasse, devidamente acompanhada pela Caixa Econômica Federal, conforme Relatórios de Acompanhamento de Empreendimento – Setor Público (peça 102, pp. 41-68), os quais atestam a realização de 100% da obra (peça, 102, pp. 63-67), fato também confirmado pela auditoria realizada no Município de Maracanaú/CE no exercício de 2011. Os recursos federais repassados em conta específica foram transferidos à empresa contratada mediante liberação da CEF (peça 102). Não há nenhuma informação de que outra empresa tenha realizado a obra. Resta, assim, enfraquecida a tese de ausência de nexo causal entre os recursos repassados e a execução das obras.

30. A informação da RAIS de que a empresa contratada não possuía, em 2008, número suficiente de empregados para executar o objeto não conduz, dado o conjunto probatório dos autos (em que a obra foi executada e não há indício de subcontratação dos serviços), à conclusão de incapacidade operacional da empresa, permitindo, somente, ilações acerca de possíveis descumprimentos da legislação trabalhista e/ou tributária.

VI

31. Assim, conquanto existam indícios da presença de uma organização criminoso no Estado do Ceará, que agia de forma organizada para fraudar licitações em vários municípios cearenses, as provas acostadas aos autos não permitem concluir que houve fraude à licitação ou desvio dos recursos do Contrato de Repasse n.º 0231129-18, objeto desta Tomada de Contas Especial, e, tampouco, a participação de gestores municipais para consecução de ilícitos.

32. Ante o exposto, esta representante do Ministério Público de Contas manifesta-se por que seja dado provimento aos recursos de reconsideração para tornar insubsistente o Acórdão n.º 2099/2015 – TCU – Plenário e julgar regulares com ressalva as contas dos gestores municipais arrolados nos autos, sem prejuízo de sugerir o desentranhamento das peças 72-101, conforme exposto no parágrafo 10 supra.”

É o relatório.