

**TC 007.720/2012-2**

**Tipo:** Tomada de Contas Especial

**Unidade jurisdicionada:** Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE

**Responsáveis:** A.P.B.J Construções Indústria Comércio e Serviços de Mão de Obra Ltda (CNPJ 07.405.573/0001-44), Roberto Soares Pessoa (CPF 001.137.353-91), Carlos Eduardo Bandeiro de Mello (CPF 072.857.793-34), Débora Lopes de Araújo de Menezes (CPF 032.759.214-10); Edson Pereira de Sousa (CPF 548.799.063-87); Francisco Eduardo Nascimento dos Santos (CPF 243.482.873-68); Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda (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), Suarez Leite Machado (CPF 249.171.173-72); Francisco de Assis Pinto Bilhar Júnior (473.750.432-72)

**Procuradores:** Geovania Sabino Machado Mendes, OAB-CE 8.654, Adriano Pessoa Bezerra de Menezes, OAB-CE 16.755; Eugênio de Araújo Oliveira e Lima, OAB-CE 18.264

**Interessados em sustentação oral:** não há

**Processo Conexo:** TC 030.943/2011-6 (RA)

**Proposta:** mérito

## INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada por meio do Acórdão 606/2012-TCU-2ª Plenário, retificado pelo Acórdão 918/2012-TCU-Plenário, ambos de caráter reservado, em decorrência de auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE com o objetivo de apurar notícias veiculadas na imprensa acerca de grupos organizados de pessoas e empresas atuando no Estado do Ceará com o intuito de realizar fraudes e conluio em licitações e desviar recursos públicos de responsabilidade dos municípios daquele estado.

## HISTÓRICO

2. A mencionada auditoria fez parte de uma Fiscalização de Orientação Centralizada – FOC, abrangendo, inicialmente, os municípios de Pacatuba, Eusébio, Aracati, Aracoiaba e Maracanaú.

3. O objeto da auditoria em Maracanaú/CE foi verificar a regularidade da aplicação dos recursos federais repassados àquela Prefeitura por meio dos Contratos de Repasses 526664 e 602628 e do Convênio 620202.

4. Em decorrência da referida auditoria foram verificados 3 achados, conforme itens 3.1, 3.2 e 3.3 do RA (TC 030.943/2011-6), tratando o presente processo da irregularidade constante do item 3.2 daquele relatório, referente a fraude e/ou conluio em licitação, frustrando o caráter competitivo da licitação, pela participação de empresas pertencentes a pessoas com interesses

comuns e/ou procedimentos fraudulentos na condução do processo licitatório, com ocorrência de direcionamento do certame ou licitação montada, resultando na contratação de empresa sem capacidade operacional para executar a obra. Irregularidade verificada no Contrato de Repasse 0231129-18.

5. Para facilitar o entendimento do assunto, transcrevo abaixo o item 3.2.1 do Relatório de Auditoria, relativo à situação encontrada:

Ocorrência de fraude e conluio na licitação Tomada de Preços nº 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 Contrato de Repasse n. 0231129-18 (Siafi nº 602628), celebrado entre esse município e o Ministério das Cidades, com interveniência da Caixa Econômica Federal. Verificou-se 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 denexo causal entre os recursos repassados e a consecução de seu objeto, resultando na não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais liberados por meio do Contrato de Repasse.

a) cláusulas restritivas de competitividade:

a.1) O edital licitatório, em seu subitem 3.4.3, exigiu a comprovação de que a empresa licitante possuísse capital social integralizado mínimo de 10% do valor estimado, ou seja, valor de R\$ 58.056,92 e, em seu subitem 5.1, que também apresentasse garantia para a proposta, em valor equivalente a 1% do orçado, ou seja, R\$ 5.805,69. A exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios de licitações, de requisitos de capital social mínimo e garantia contraria as disposições contidas no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93, e deliberações do TCU, a exemplo da Decisão 1521/2002 Plenário;

a.2) O edital licitatório, em seu subitem 3.5.3.1, exigiu atestado firmado por servidor integrante da Secretaria de Obras do Município de que o profissional responsável técnico da empresa licitante efetuasse visita prévia ao local onde seriam realizados os serviços da obra. A referida cláusula desabilitou a empresa Simmer Construções e Montagens Ltda, tendo em vista que a visita da referida empresa foi realizada por um engenheiro que não é o detentor do Acervo Técnico. Restaram habilitadas apenas as Construtoras Goiana e A.P.B.J. Inexiste fundamento legal para se exigir, com vistas à habilitação da licitante, que tal visita seja realizada por um engenheiro que seja detentor de acervo técnico da empresa participante, o que constitui cláusula restritiva à competitividade, a exemplo do decidido nos Acórdãos 890/2008, 1174/2008 e 2150/2008-Plenário, todos do Plenário;

b) coincidência total em todos os itens e subitens das propostas (planilhas) de preços das empresas licitantes APBJ Construções Indústria e Comércio de Mão de Obra Ltda., CNPJ 07.405.573/0001-44, e Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., CNPJ 07.192.755/0001-84, na Tomada de Preços nº 10.003/2008, com exceção de apenas um item, o de nº 20, e respectivos subitens, conforme demonstra a Planilha Comparativa entre os Preços das Licitantes da referida Tomada de Preços nº 10.003/2008-TP, o que comprova a ocorrência de conluio entre os licitantes para fraudar o caráter competitivo do certame;

c) conforme informações da RAIS, no ano da realização da licitação, em 2008, as duas empresas habilitadas possuíam o seguinte quantitativo de funcionários: Goiana - sem empregados e A.P.B.J (3 empregados);

d) contratação de empresa sem capacidade operacional para executar a obra: a empresa vencedora da licitação, Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., não possuía estrutura operacional para executar a obra, pois, segundo pesquisa realizada à RAIS, em 2008, ano da licitação e no qual foi iniciada a execução da obra a empresa não tinha nenhum empregado. Já no exercício de 2009, somente possuía 40 (quarenta) funcionários, conforme demonstram os

relatórios de pesquisa à RAIS juntados ao processo. Ressalte-se que em 2009, ano em também houve serviços relativos ao Convênio medidos e pagos, a empresa Goiana também não tinha capacidade operacional para executar a obra, pois, em que pese tivesse 40 (quarenta) empregados, sagrou-se vencedora em inúmeras licitações em diversos municípios do Estado do Ceará, o que se faz inferir que não possuía estrutura de pessoal operacional para executar a obra oriunda da Tomada de Preços nº 10.003/2008-TP, conforme comprovam os demonstrativos extraídos do sítio do Tribunal de Contratos dos Municípios, a título de exemplo:

- em Eusébio - Licitação 2009.08.06.0001 - objeto: construção de centro educativo no Parque Havaí;
- em Guaramiranga - Licitação 09/04/TP-O - objeto: obras de engenharia divididos em lotes na sede do município;
- em Beberibe - Licitação 002/2009INFR-TP - objeto: serviços de pavimentação de ruas na localidade de Sítio Lucas;
- em Ibaretama - Licitação 2009.09.11.01FG - objeto: pavimentação em pedra tosca em diversas ruas do município;
- em Ipueiras - Licitação 004/2009 - objeto: construção de 150 (cento e cinquenta) kits sanitários em imóveis pertencentes a famílias carentes de baixa renda;
- em Beberibe - Licitação 001/2009EDUC-TP - objeto: serviços de reforma e ampliação da Escola Municipal José Bessa de Ensino Fundamental na localidade de Morro Branco;
- em Irauçuba - Licitação 2009.06.03.01ED - objeto: serviços de reforma da Escola Julio Pinheiro Bastos na localidade de Coité;
- em Aracoiaba - Licitação 001/2009 INF TP - objeto: serviços para a coleta e transporte de resíduos sólidos do município;
- em Ibaretama - Licitação 2009.09.11.01FG - objeto: pavimentação em pedra tosca em diversas ruas do município;
- em Aquiraz - Licitação 2009.06.10.001 - objeto: execução de ampliação da Escola Plácido Castelo;
- em Aracoiaba - Licitação 002/2009 SAU TP - objeto: construção de dois postos de saúde nas localidades de Jenipapeiro e Umari do Córrego;

e) a Cláusula 11, item 11.1.5, do Edital da Licitação e a Cláusula Oitava do Contrato nº 1000.08.05.12.01, assinado em 12/05/2008, contém previsão de multa de 10% do valor global do contrato, na hipótese de a contratada transferir a execução dos serviços a terceiros, no todo ou em parte, sem a prévia autorização escrita da contratante. Não consta informação de que a Prefeitura Municipal de Maracanaú tenha autorizado que a Construtora Goiana transferisse a execução parcial ou total da obra para outra empresa ou para pessoa física;

f) inexistência da empresa nos endereços indicados: vale ainda destacar que segundo dados do CNPJ da empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., o endereço da sede da empresa é Av. Eusébio de Queiroz, 2850, sala 04, Centro, Eusébio -CE. Contudo, em visita realizada por auditores do TCU, em 25/10/2011, naquele endereço consta apenas uma sala com a placa Almoxarifado Goiana, tendo os vizinhos informado que não há movimentação constante no local, pois raramente alguém aparece por lá. Acrescente-se que nas notas fiscais emitidas pela empresa para a obra em análise, todas dos anos de 2008 ou 2009, anexadas aos autos, consta como endereço Avenida D. Luís, 500, Sala 918, Aldeota, Fortaleza-CE. No entanto, em visita realizada ao endereço por auditores do TCU, em 5/11/2011, foi verificado que não há identificação da empresa Goiana na porta da sala 918, embora o nome da sociedade apareça na relação constante no rol dos elevadores como se funcionasse na referida sala. Segundo a atendente do setor de informações do shopping em que fica o endereço, a empresa Goiana estaria funcionando provisoriamente na sala 1419 que, segundo a relação constante no rol dos elevadores, seria da empresa Cateto Construções Ltda. Não há placa de identificação das

empresas nas salas 918 e 1419, conforme demonstra o Relatório Fotográfico juntado aos autos. Frise-se que as empresas Goiana e Cateto têm interesses coincidentes, pois possuem um sócio em comum, o Sr. Miguel Ângelo Pinto Martins (CPF nº 478.715.123-15), e o contador Lucivaldo Sampaio do Nascimento (CPF nº 390.392.003-78), além de estarem sendo investigadas pela Polícia Federal, por meio da denominada Operação Gárgula, que busca apurar fraudes e conluíus em licitações com recursos públicos, inclusive federais em diversos municípios cearense, tendo a documentação relativa ao Contrato de Repasse sob análise sido apreendida por meio do Auto Circunstanciado de Busca e Arrecadação, datado de 29/4/2010, em anexo.

6. Em cumprimento ao Acórdão 606/2012-TCU-Plenário, em Sessão de 14/3/2012, foram realizadas as citações solidárias de todos os responsáveis indicados no preâmbulo da presente instrução, para que apresentassem alegações de defesa quanto as irregularidades que lhes são imputadas, relacionadas à execução 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, ou o recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional das importâncias indicadas, atualizadas monetariamente, calculados a partir das respectivas datas até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, conforme discriminação da irregularidade e débitos apurados nos subitens a seguir:

Quantificação do débito:

| 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           |

Valor atualizado do Débito até 04/5/2012 : R\$ 463.901,55

6.1 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 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 nexos 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. Realizadas as citações determinadas, verificou-se que seis responsáveis apresentaram alegações de defesa, conforme demonstram as peças 41 (Roberto Soares Pessoa, Prefeito Municipal e Carlos Eduardo Bandeira de Mello, Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano), 38 (Marcos Barboza da Silva, engenheiro da prefeitura responsável pelo atesto das medições), 44 (Edson Pereira de Sousa, Presidente da Comissão de Licitação), 45 (Egídio Cordeiro de Abreu Filho, membro da Comissão de Licitação) e 21 (Débora Lopes de Araújo de Menezes, Secretária da Comissão de Licitação).

8. Permaneceram réveis os seguintes responsáveis/empresas:

| Responsável                                 | Ofício    | AR         | Resposta |
|---|-----------|------------|----------|
| A.P.B.J. Construções                        | 924/2012  | Pç 54      | REVEL    |
| Francisco de Assis Pinto Bilhar Júnior      | 933/2012  | Pç 37      | REVEL    |
| Francisco Eduardo Nascimento dos Santos     | 927/2012  | Pç 19      | REVEL    |
| Goiana Construções e Prestações de Serviços | 936/2012  | Pç 46      | REVEL    |
|   | 1555/2013 | Pç 64 e 65 |          |
| José Milton Lucio do Nascimento             | 925/2012  | Pç 20      | REVEL    |
| Miguel Ângelo Pinto Martins                 | 928/2012  | Pç 18      | REVEL    |
|   | 1556/2013 | Pç 63 e 66 |          |
| Suarez Leite Machado                        | 926/2012  | Pç 47      | REVEL    |

9. Transcorrido o prazo regimental fixado e mantendo-se inertes os responsáveis acima, impõe-se que sejam considerados revéis, dando-se prosseguimento ao processo, de acordo com o art. 12, § 3º da Lei 8.443/1992.

## EXAME TÉCNICO

### I. Das Citações

#### I.1 Das alegações de defesa apresentadas pelos Senhores Roberto Soares Pessoa, Prefeito do Município de Maracanaú/CE e Carlos Eduardo Bandeira de Mello, Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano do município.

10. Em resposta a citação realizada por meio do Ofício 929/2012-TCU/Secex-CE (peça 11) e Ofício 935/2012-TCU/Secex-CE (peça 5), os responsáveis, através de advogado legalmente constituído, Sr. Eugênio de Araújo Oliveira Lima, OAB-CE 18.264, conforme procurações (peça 24 e 28), respectivamente, apresentaram as alegações de defesa que compõem a peça 41.

11. Consoante Relatório de Auditoria a conduta do Senhor Roberto Soares Pessoa, Prefeito Municipal consistiu em nomear e não supervisionar os trabalhos realizados pelos membros da Comissão de Licitação responsável pela TP n. 10.003/2008 e pelo Secretário de Infraestrutura e Controle do município.

12. Consoante Relatório de Auditoria a conduta do Senhor Carlos Eduardo Bandeira de Mello, Secretário de Infraestrutura e controle Urbano do município consistiu em homologar o certame licitatório TP n. 10.003/2008 e não supervisionar os trabalhos realizados pelos membros da Comissão de Licitação responsável pela referida Tomada de Preços. O referido Secretário também assinou o contrato n. 1000.08.05.12.01, com a empresa Goiana Construções e Prestação de Serviços Ltda, para execução da obra de pavimentação e drenagem em várias rua do município.

13. Preliminarmente, evidenciamos o entendimento de que deva ser excluída a responsabilidade do Sr. Roberto Soares Pessoa, Prefeito Municipal de Maracanaú/CE, quanto a não realização de supervisão adequada em relação às ações da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE, em face da fraude e conluio na licitação Tomada de Preços nº 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 Contrato de Repasse n. 0231129-18 (Siafi 602628), celebrado entre esse município e o Ministério das Cidades, com interveniência da Caixa Econômica Federal.

13.1. O referido entendimento deve-se ao fato de que, a autoridade responsável pela homologação da Tomada de Preços 10.003/2008, bem como pela celebração do contrato foi o Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano, Sr. Carlos Eduardo Bandeira de Mello.

14. Os itens da defesa foram apresentados na seguinte sequência:

**I.1.1 Com relação à Cláusula restritiva à competitividade relacionada a exigência de capital social mínimo integralizado em 10% do objeto licitado simultaneamente a garantia de 1% do orçado.**

15. Os responsáveis alegam que a Administração, ao exigir capital social integralizado mínimo e garantia de proposta, apenas queriam dar plena efetividade à previsão do art. 3º da Lei 8.666/1993.

16. Afirmam que o edital da TP n. 10.003/2008 apenas buscou conferir o necessário rigor quanto à qualificação econômico-financeira das licitantes, de forma a resguardar a Administração na contratação de empresa com condições financeiras mínimas para executar a obra pública em comento.

17. Alegam que a referida Tomada de Preços não buscou, nem remotamente, restringir o universo de participantes, mas na realidade, cercar-se de maiores cuidados e de obter melhores elementos objetivos para viabilizar um maior suporte à Administração na análise dos requisitos de qualificação econômica dos interessados na disputa.

18. Defendem que as referidas exigências não significaram qualquer ofensa efetiva e concreta à competitividade da disputa.

19. Informam que, na situação em tela, as exigências simultâneas, em termos práticos e objetivos não importaram na inabilitação de qualquer licitante e não foram objeto de impugnação por quem quer que seja, ou, ainda, não foram objeto de denúncia/representação perante os Tribunais de Contas e/ou Ministério Público.

20. Acrescentam que não houve qualquer discussão judicial quanto à matéria, bem como, nenhuma licitante se viu prejudicada pela exigência supracitada. Nada houve de efetivo a demonstrar ter alguma interessada sido afastada do certame como resultado da previsão editalícia em discussão, fatos que comprovam não ter ocorrido qualquer restrição à competição do certame, e não ter sido impedida a participação de qualquer interessada.

21. Esclarecem que deve-se observar, acima de tudo, serem indubitavelmente de pequena monta os valores exigidos da TP n. 10.003/2008 para qualificação econômico-financeira das licitantes, pois um capital social integralizado mínimo de R\$ 58.056,92 e uma garantia de proposta de R\$ 5.805,69 é plenamente possível de ser atingida por qualquer construtora em atividade.

22. Informam que é de conhecimento geral que o capital social de empresas de ramo da construção supera em muito o importe de R\$ 58.056,92, afirmação passível de comprovação por um universo de milhares de construtoras. Da mesma forma, a exigência do edital de garantia de proposta de R\$ 5.805,69 é totalmente viável de ser oferecida por toda e qualquer construtora efetivamente idônea e em condições de executar uma obra pública.

23. Reiteram que a previsão editalícia não tinha por objetivo impor a restrição da competição do certame, mas sim a finalidade de atender ao interesse público de selecionar a proposta mais vantajosa para o Município.

24. Afirmam que, uma vez considerados os valores ínfimos apontados no edital, uma empresa que não pudesse comprovar efetivamente tais importes poderia por em risco a finalidade maior buscada pela Administração.

**I.1.1.1 Análise da Unidade Técnica**

25. Acerca do assunto, a Jurisprudência do TCU é clara ao afirmar que a Administração não pode exigir para a qualificação econômico-financeira das empresas licitantes, a apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimo junto com a prestação de garantia de participação no certame (Acórdãos n. 1.039/2008 – 1ª Câmara, 701/2007 – Plenário, 1.028/2007 – Plenário), (Excerto do AC- 1924-28/10-P).

26. Ressalte-se que o artigo 5º da Lei 10.520 veda tal exigência, assim também o art. 15, inciso I do Dec. 3.555/2000.

27. Embora a exigência de garantia de proposta conste da Lei 8.666/1993, em seu artigo 31, inciso III, tal exigência é considerada inconstitucional, visto que acarreta indevida restrição à participação dos interessados, conforme entendimento de Marçal Justen Filho:

Em épocas passadas, era usual a Administração condicionar a habilitação ao depósito de valores ou ao caucionamento de bens. Isso acarretava indevida restrição à participação dos interessados. Consagrou-se, por isso, o princípio de que a habilitação não pode ser condicionada ao pagamento de valores ou cauções, etc. O princípio foi alçado ao nível constitucional. A exigência de garantias para participação na licitação é incompatível com o disposto no art. 37, inc XXI, da CF/88. Por isso, o inc. III do art.31 é inconstitucional. Além do mais, não acrescenta qualquer vantagem ou benefício à Administração. Existe, ainda, evidente incompatibilidade entre o inc. III e o espírito da Lei, retratado no art. 32, § 5º (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética: São Paulo, 1998).

28. Já com relação à garantia do contrato, a Jurisprudência do TCU é de que a exigência simultânea de comprovação de capital social mínimo e de apresentação de garantia é irregular, constitui descumprimento do art. 31, § 2º da Lei n. 8.666/1993, a exemplo do Acórdão 2035/2010-Plenário, TC 005.033/2010-1, cuja relatoria coube ao Ministro Valmir Campelo, que em seu voto reafirmou que a prática é irregular, além de extrapolar as exigências de qualificação econômico-financeira previstas em lei, ela pode prejudicar o caráter competitivo da licitação.

29. Neste sentido citamos também os Acórdãos 2299/2011-P (TC 029.583/2010-1), 1393/2013-P (029.583/2010-1), 2079/2013-P (TC 030.223/2007-4), 2898/2012 – P (TC 026.382/2012-1)

30. Conforme disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.663/1993 é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

31. A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, também não admite que as licitações contenham cláusulas restritivas à participação dos interessados:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

32. Embora tanto a exigência de garantia de proposta como a de capital social mínimo estejam previstas no art. 31 da Lei 8.666/1993, que trata da documentação relativa à qualificação econômica-financeira dos licitantes, as duas não podem ser feitas cumulativamente pois ferem o §2º daquele artigo.

33. O entendimento do Tribunal, a teor do disposto no art. 31, §2ª, da Lei 8.666/1993, é de que tal exigência configura-se ilegal, consoante disposto na Súmula 275:

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.

34. Além disso, em que pese a Lei das Licitações em seu artigo 31, §§ 2º e 3º, admitir a exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido, limitado a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação para execução da obra, em nenhum momento esbabece a necessidade de que essa comprovação se faça sobre o capital integralizado da empresa. Também a jurisprudência do

Tribunal considera indevida tal exigência, que restringe a competitividade do processo licitatório, uma vez que apenas empresas de maior porte atenderiam ao montante estabelecido pelo edital. Citamos nesse sentido o Acórdão 113/2009 – Plenário.

35. Não resta dúvida que a cláusula 3.4.3 do edital infringe o art. 31 da Lei 8.666/1993, assim como a Jurisprudência do TCU, configurando exigência excessiva ao que estabelece a Legislação.

36. No entanto, apesar da infringência ao dispositivo da Lei 8.666/1993, não se pode concluir que o fato indique, por si só, direcionamento de licitação ou licitação montada por parte da comissão responsável pela Tomada de Preços n. 10.003/2008-TP, principalmente se observarmos no caso concreto o valor do capital integralizado mínimo exigido de R\$ 58.056,92 e o valor da garantia de R\$ 5.805,69, valores de pequena monta, considerando que se trata do ramo de Construção.

37. Dessa forma, permanece como irregular a situação verificada pela auditoria quanto à infração ao art.31 da Lei 8.666/1993, no entanto, não configura prova suficiente para indicar direcionamento de licitação por parte da comissão de licitação e consequentemente responsabilização do do Ex-Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano do Município de Maracanú/CE, Sr. Carlos Eduardo Bandeira de Mello.

**I.1.2 Com relação a exigência editalícia do subitem 3.5.1, atestado firmado por servidor integrante da Secretaria de Obras do Município de que o profissional responsável técnico da empresa licitante efetuasse visita prévia ao local onde seriam realizados os serviços da obra.**

38. Os responsáveis citam a documentação exigida relativa à qualificação técnica, em especial o disposto no art. 30, inciso III, da Lei 8666/1993, que diz respeito à comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

39. Mencionam também a alínea “a” do inciso IV da Lei 8.666/1993, que trata da comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data da licitação, profissional de nível superior detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

40. Em seguida lembram a exigência de que os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º do art. 30, deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

41. Concluem que em decorrência da exigência da lei é lógico e inevitável que o profissional detentor da comprovação da capacitação técnico-profissional é quem deverá necessariamente atuar na execução da obra.

42. Exemplificam que não guarda razoabilidade, que um engenheiro civil com acervo em rodovias e sem nenhuma experiência com edificações visite as instalações de um centro de feiras e eventos (edificação) para conhecer as peculiaridades dos serviços.

43. Alegam que, se admitida que a visita prévia possa ser realizada por qualquer outro profissional, e não exclusivamente pelo engenheiro responsável técnico e apontado como detentor da capacitação técnico-profissional, se mostrará absolutamente inócua e ineficaz a exigência de visita para fins de qualificação técnica da licitante.

44. Defendem que não merece reparo a decisão que inabilitou a empresa Simmer

Construções e Montagens Ltda., tendo em vista que a visita da referida empresa foi realizada por um engenheiro que não é o detentor do Acervo Técnico utilizado para habilitação no certame. Até porque, se havia discordância por parte da empresa Simmer quanto à exigência constante do subitem 3.5.3 do edital caberia a mesma externar sua irresignação quanto à matéria, contudo, não foi objeto de impugnação por quem quer que seja.

45. Entendem, então, que há fundamentação legal para se exigir, com vista a habilitação da licitante, que a visita seja realizada por um engenheiro que seja detentor de acervo técnico da empresa participante, por não constituir cláusula restritiva à competitividade.

46. Concluem que não houve disposição do edital da TP n. 10.003/2008 que restringisse indevidamente a competitividade da disputa, mesmo porque objetivamente nada foi comprovado neste sentido.

### **I.1.2.1 Análise da Unidade Técnica**

47. No caso em tela, o objeto da licitação consistia na execução de obras de drenagem, terraplanagem e pavimentação poliédrica em 10 ruas do bairro Santo Sático, no Município de Maracanaú/CE.

48. Em algumas situações, o tribunal já admitiu a visita técnica como critério de habilitação, desde que suas circunstâncias não ocasionem ônus desnecessário às licitantes e restrição injustificada à competitividade (Acórdãos 2.028/2006 – 1ª Câmara e 874/2007-Plenário). Cita-se como restrição injustificada a fixação de horário único para a realização da visita técnica, a exemplo do verificado no TC 011.556/2012-9 (Acórdão 1842/2013-P), situação que não ocorreu procedimento licitatório ora examinado.

49. Contudo, o TCU tem se posicionado no sentido de que, para ser demandada, a visita a obra deve ser imprescindível, pois em regra é suficiente declaração formal assinada pelo responsável técnico acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da obra, pois afronta os arts. 3º, § 1º, inciso I e 30, inciso II e 5º, da Lei 8.666/1993 (Acórdãos 1.174/2008 e 2.150/2008, Plenário).

50. Os argumentos apresentados não comprovam que a realização de visita a obra seria imprescindível.

51. Por outro lado, não podemos esquecer o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, que obriga a comissão de licitação a observar as normas e condições estabelecidas no edital.

52. O instrumento de convocação referente à Tomada de Preço n. 10.003/2008-TP, em sua cláusula 3.5.3.1, é bem claro quanto à exigência de que a visita técnica prévia ao local onde seriam realizados os serviços da obra deveria ser realizada pelo profissional responsável pelo acervo técnico da empresa licitante.

53. Dessa forma, não se esperaria dos membros da Comissão de Licitação, outro posicionamento, que não fosse o de verificar o cumprimento das exigências necessárias à habilitação por parte das empresas licitantes e conseqüente desabilitação das que não cumprissem os requisitos constantes do edital.

54. Ante o exposto, entendemos pertinentes as alegações de defesa apresentadas pelo responsável, cujo ato de homologação do procedimento Licitatório TP n. 10.003/2008-TP vinculou-se a uma decisão da Comissão de Licitação com base em previsão constante do edital do certame.

**I.1.3 Com relação à coincidência total dos preços dos itens das propostas apresentadas pelas duas únicas licitantes habilitadas, com excessão apenas do item 20, situação que comprovaria a ocorrência de conluio.**

55. Os responsáveis alegam que nas propostas das licitantes Goiana e A.P.B.J. inexistem qualquer indício de irregularidade passível de ser aferido pela Comissão de Licitação. Para tal afirmação é suficiente proceder a análise das duas propostas indicadas.

56. A proposta da empresa A.P.B.J. apresentou um valor global de R\$ 574.992,02, representando um desconto de 0,9606% sobre o valor global estimado de R\$ 580.569,24, enquanto a proposta da Goiana foi de R\$ 568.160,08, representando um desconto de 2,1374% sobre o valor global estimado.

57. Informam que todos os itens e subitens da proposta foram cotados com a mesma composição da planilha orçamentária do edital TP 10.003/2008, com exceção do item 20 (Pavimentação do Sistema Viário), que consistia no item de maior valor da planilha.

58. Argumentam que a apresentação da proposta com o mesmo valor da planilha orçamentária do edital TP 10.003/2008, com exceção do item 20, não constitui por si só em ilegalidade, fraude ou conluio. A constatação de que as propostas possuem essencialmente a mesma composição da planilha orçamentária do edital, implica reconhecer que os preços constantes no ato convocatório se mostravam muito próximos do valor mínimo praticado pelo mercado para a execução das obras.

59. Informam que não existe nos autos da TP n. 10.003/2008 o mais ínfimo indício de conluio entre as licitantes Goiana e a A.P.B.J. passível de ser apurado pelos gestores envolvidos à época do certame. A esse respeito, o Relatório de Auditoria objetivamente nada comprova.

60. Acrescentam que apesar do Relatório de Auditoria querer levar ao entendimento de que as licitantes combinaram a confecção de propostas idênticas, a suposição é inconsistente e não está comprovada nos autos.

61. Esclarecem que as empresas citadas não possuem sócios em comum, ou atuação em endereços coincidentes ou, ainda, reiteradas participações conjuntas em licitações no âmbito do Município de Maracanaú/CE.

62. Afirmam que não pode ser esquecido, também, que a apuração da existência de combinação de propostas entre licitantes é efetivamente providência à qual a Comissão de Licitação está incumbida, porém a partir de elementos concretos, palpáveis, e não meramente pela constatação de que as propostas possuem o mesmo valor da planilha orçamentária do edital TP 10.003/2008, com exceção do item 20, Pavimentação do Sistema Viário.

63. Concordam que a Comissão de Licitação deve agir quando constata a existência de indícios de combinação entre as propostas de preços, ou seja, quando as propostas apresentam algum mínimo elemento e/ou característica capaz de suscitar a presença de conluio entre os licitantes, a exemplo de propostas com redação idêntica, mesma formatação gráfica, e/ou iguais características de impressão, aí é, de fato, dever da Comissão adotar as medidas cabíveis a fim de apurar a existência de combinação entre os licitantes.

64. Porém, quando não há o mais superficial indício de conluio entre os licitantes não se pode exigir da Comissão atuação que a lei não lhe impõe. Na situação em tela, não há efetivamente qualquer indício de combinação entre as propostas, e, por via de consequência, não se pode imputar à Administração o dever de constatar algo que não se mostra minimamente presente e perceptível.

### **I.1.3.1 Análise da Unidade Técnica**

65. As alegações de defesa demonstraram que a coincidência verificada em vários itens 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 deve-se ao fato de que aquelas empresas adotaram para quase todos os itens, com exceção do item 20, os preços existentes na planilha orçamentária constante do edital TP 10.003/2008.

66. O fato pode ser comprovado verificando-se a minuta do Instrumento Convocatório da TP 10.003/2008, página 185 do processo licitatório constante dos Papéis de Trabalho referente ao Fiscalis 889/2011, conjuntamente com as propostas de preços apresentadas pelas empresas APBJ e Goiana, que também constam dos papéis de trabalho constante do Fiscalis.

67. Ocorre que as empresas apresentaram propostas de preços diferenciados apenas para o item 20, que consistia no item de maior valor da planilha.

68. Não consta do Relatório de Auditoria a verificação de outro indício de conluio nas propostas apresentadas pelas empresas licitantes acima, tais como propostas com mesmo padrão gráfico, empresas com sócio em comum, atuação em endereços coincidentes.

69. Sendo assim, as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis foram suficientes para justificarem o encaminhamento dado ao procedimento licitatório pela comissão responsável pela Tomada de Preços n. 10.003/2008, que não verificou nos documentos que compõem o certame indícios de conluio entre as empresas licitantes, dando, por conseguinte, continuidade ao certame.

**I.1.4. As duas empresas habilitadas, conforme informação da Rais, não possuíam em 2008, número suficiente de empregados para executar o objeto.**

70. Os responsáveis alegam que o Relatório de Auditoria aponta a existência de irregularidade pela constatação de que, conforme a Rais, as empresas habilitadas não possuíam empregados suficientes para execução das obras no ano de 2008.

71. Por outro lado, explicam que os documentos passíveis de ser exigidos dos licitantes no tocante a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal se encontram disciplinados nos arts. 27 e seguintes da Lei 8.666/1993.

72. Entre os documentos exigidos não consta a Relação Anual de Informações Sociais – Rais, inexistindo, portanto, fundamento legal para que a comissão de licitação exigisse o referido documento das licitantes, o que constituiria cláusula restritiva à competitividade e malfeiraria o princípio da reserva legal, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em função de disposição legal, nos termos do artigo 5º da Constituição.

73. Acrescentam que não há norma vigente disciplinando o número mínimo de empregados que a licitante deve possuir para a comprovação de que dispõe de estrutura operacional para executar determinada obra.

74. Lembram que ao Agente Público somente é lícito exigir para fins de comprovação de qualificação técnico-operacional a documentação referenciada no artigo 30 da Lei 8.666/1993.

75. Concluem afirmando que inexistem, enfim, irregularidade pela constatação de que, conforme a Rais, as empresas Goiana e A.P.B.J. não possuíam empregados suficientes no ano de 2008.

76. A irregularidade apontada no presente item (quantidade insuficiente de funcionários), desdobra-se em mais quatro, que serão relatadas em conjunto no item abaixo.

**I.1.5 contratação de empresa sem capacidade operacional para executar a obra (Goiana Construção e Prestação de Serviços Ltda), que não possuía empregados em 2008, e em 2009 possuía apenas 40 empregados sagrando-se vencedora em 11 municípios do Ceará; existência no contrato de cláusula (31.5) que proibia expressamente subcontratação sem autorização, o que implicava em multa de 10% do valor do contrato; inexistência de autorização para subcontratação; inexistência da empresa contratada nos endereços indicados no sistema CNPJ/Receita Federal e nas notas fiscais**

77. Os responsáveis reiteram o argumento de que os documentos passíveis de ser exigidos

dos licitantes no tocante à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal se encontram disciplinados nos arts. 27 e seguintes da Lei 8.666/1993 e entre os referidos documentos não se encontra a Relação Anual de Informações Sociais – Rais, inexistindo fundamentação legal para se exigir tal documento.

78. Reiteram que não há norma vigente disciplinando o número de empregados que a licitante deve possuir para a comprovação de que dispõe de estrutura operacional para executar a obra.

79. Argumentam que as pretensas irregularidades acima descritas residem no aparente fato de a Goiana ter supostamente executado outros contratos em 29 municípios ou vencido outros procedimentos licitatórios em 11 outros municípios, após o certame em referência, mesmo contando com 40 empregados.

80. Explicam que para evitar a contratação de empresas inidôneas, o mecanismo que o legislador utilizou foi o que se encontra inserto no artigo 87, incisos III e IV da Lei 8.666/1993, segundo o qual apenas as empresas com tais penalidades encontram-se impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública, o que não era o caso da empresa Goiana à época do certame.

81. Alegam que foge inteiramente ao controle e à alçada do Município de Maracanaú suscitar a existência de irregularidade pelo fato de uma contratada obter vitórias em certames licitatórios realizados no ano seguinte ao do certame TP 10.003/2008 em 11 municípios do Estado do Ceará, e pelo fato de a contratada também possuir contratos em 29 municípios.

82. Argumentam que o que importa ao Município é observar se as obras contratadas foram adequadamente executadas, dentro das condições estipuladas no edital da TP n. 10.003/2008, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias dos trabalhadores relacionados à execução das obras pactuadas.

83. Explicam que os profissionais alocados pela contratada para a execução dos serviços se apresentavam à Fiscalização devidamente uniformizados, com os instrumentos de trabalho e equipamentos de proteção individual devidos. Os pagamentos efetuados pelo Município em favor da contratada foram precedidos da exigência de apresentação da documentação de praxe em casos dessa natureza, com a entrega por parte da empresa Goiana dos comprovantes de quitação das parcelas trabalhistas e previdenciárias. Ressalta que em caso da citada documentação apresentar algum indício de irregularidade, caberá a contratada responder administrativamente e plenamente por isso.

84. Informam que é fato inconteste a conclusão das obras contratadas com o número de empregados alocados pela empresa Goiana para execução dos serviços. Com relação aos mencionados empregados, foi comprovado o devido recolhimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais, pelo que não tem repercussão à execução do Contrato n. 1000.08.05.12.01 (decorrente da TP n. 10.003/2008) a eventual circunstância da Goiana ter executado contratos em outros 29 municípios ou vencido outros procedimentos licitatórios em 11 outros municípios, contando com 40 empregados.

85. Declaram que não ocorreu nenhuma subcontratação e que o Relatório de Auditoria não explicou ou especificou em que consistiu a alegada subcontratação, de modo a inviabilizar a defesa desse assunto, mas entendem, citando o artigo 72 da Lei 8.666/1993, que a subcontratação parcial de obras é plenamente aceitável no âmbito administrativo, desde que não haja transferência das responsabilidades contratuais, direitos e obrigações da pessoa do contratado para o subcontratado, permanecendo aquele como responsável direto tanto pela execução e qualidade, bem como por todas as expectativas envolvidas no contratato específico.

86. Reiteram que no caso em tela não ocorreu subcontratação e não há qualquer comprovação nesse sentido, partindo o Tribunal de uma premissa equivocada de que a Goiana não possuía empregados suficientes para a execução das obras, o que ainda se verdade fosse, não geraria a conclusão forçosa da ocorrência de subcontratação, mas sim de hipótese de descumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte da empresa, se for o caso.

87. Cita excerto do voto proferido pelo Ministro Relator Benjamin Zymler no Acórdão 1570/2009 – TCU – Plenário, que trata de subcontratação não autorizada pelo DNIT: “observo, a esse respeito, que a Administração, na hipótese de subcontratação, tem assegurada, nos termos do art. 72, a possibilidade de responsabilizar a empresa que contratou os serviços, por falhas em sua execução. Essa garantia fundamental preserva os interesses da Administração.”

88. A respeito da inexistência da empresa nos endereços indicados no sistema CNPJ/Receita Federal e nas notas fiscais, os responsáveis alegam que o Município não tem ingerência quanto à matéria e que inexistente norma que determine a identificação da empresa na porta da sala para considerar válido o endereço fornecido pela contratada.

89. Sobre a informação de que as empresas Goiana e Cateto possuem interesses coincidentes, por possuírem um sócio comum, o Sr. Miguel Ângelo Pinto Martins, e o mesmo contador, o Sr. Lucivaldo Sampaio do Nascimento, os responsáveis informam que não tem ingerência quanto à matéria, ademais a empresa Cateto não participou do processo licitatório TP n. 10.003/2008, pelo que inexistente qualquer fraude e/ou irregularidade decorrente do fato indicado.

90. Concluem não proceder, sob qualquer aspecto, o arrolamento dos exponentes como responsáveis solidários pela integralidade dos valores repassados pela União ao Município de Maracanaú/CE, tendo em vista não ter havido a mínima demonstração de dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou, ainda, de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

91. Ressaltam que objetivamente, não foi mensurado qual o suposto dano suportado pelo Erário. Não se tem notícia nos autos de qual foi o dano materialmente suportado pelos cofres públicos e, conseqüentemente, em quanto importaria tal dano.

92. Observam que inexistente nos autos qualquer prova de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. Nem uma linha sequer há nos autos para individual e materialmente descrever quem desviou o que, ou para quem desviou, ou quanto desviou, ou quando desviou, ou como desviou. São questões absolutamente não lançadas em discussão pelo Acórdão combatido.

93. Reiteram que as obras resultantes do Contrato n. 1000.08.05.12.01 foram integral e adequadamente executadas, estando os preços constantes do contrato inteiramente compatíveis com as disposições do Contrato de Repasse e com os preços de referência adotados à época pelos órgãos públicos em certames licitatórios, razão pela qual nem mesmo há de se cogitar a ocorrência de superfaturamento e/ou sobrepreço.

94. Registram que o Prefeito Municipal nomeou e supervisionou eficazmente os corretos trabalhos da Comissão de Licitação e do Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano do Município, inexistindo, pois, qualquer ocorrência de fraude e conluio na Tomada de Preços TP n. 10.003/2008.

95. Da mesma forma, afirmam que o Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano do Município, igualmente, supervisionou com rigidez os trabalhos executados pelos membros da Comissão de Licitação, homologando corretamente o certame, e pela Secretaria de Infraestrutura e Controle Urbano, quando da atuação da fiscalização das obras, inexistindo, repita-se, qualquer ocorrência de fraude e conluio na Tomada de Preços n. 10.003/2008.

96. Alegam quanto à atribuição de responsabilização por ato meramente culposos, sem

comprovação de ter atuado o agente com dolo ou má-fé, já se posicionaram os Tribunais pátrios no sentido de não ser cabível a hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ocorrer a demonstração inequívoca da conduta necessariamente dolosa, citando várias julgados nesse sentido.

#### **I.1.5.1 Análise da Unidade Técnica**

97. Consta do processo informações que demonstram, a partir da Rais, que a empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., vencedora da licitação TP 10.003/2008, não possuía, em 2008, nenhum funcionário, enquanto, no exercício de 2009 contava com 40 funcionários em seu quadro de pessoal.

98. Ressalte-se que foi no exercício de 2008 que ocorreu o procedimento licitatório em exame, assim como, a maior parte da execução das obras de pavimentação de 10 ruas do Município de Maracanaú/CE, objeto do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628), obras que foram iniciadas no final de junho de 2008, conforme Ordem de Serviço 624001-2008 (peça 41, p. 49), de 24/6/2008 com término previsto para dezembro daquele exercício.

99. Apesar dessa empresa não possuir funcionários, em 2008, a mesma realizou contratos com 30 Municípios Cearenses, totalizando negociações em torno de R\$ 12.104.359,25, o que faz inferir que não possuía estrutura operacional para executar a obra oriunda da Tomada de Preços 10.003/2008- TP.

100. É de conhecimento público que a referida empresa figura entre as firmas investigadas pela Superintendência da Polícia Federal, no Estado do Ceará, por meio da denominada Operação Gárgula.

101. Ressalte-se que a denominada Operação Gárgula foi deflagrada em 08/12/2009 pela Superintendência da Polícia Federal no Estado do Ceará, visando subsidiar o Inquérito Policial - IPL 1005/2008 - Processo PCD 2008.81.00.007310-1 - SR/DPF/CE - 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, que visa desarticular possível esquema organizado para desviar recursos públicos, inclusive federais.

102. Frise-se que também foi realizada a Operação Gárgula II deflagrada em 29/4/2010 que objetivou colher novos elementos para instrução das investigações - Inquérito Policial - IPL 176/2010 - SR/DPF/CE, também daquela Vara Federal - Seção Judiciária.

103. O Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628), foi apreendido por meio do Auto Circunstanciado de Busca e Arrecadação, datado de 29/4/2010 quando da Operação Gárgula II.

104. Em que pese o envolvimento da empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., no esquema de fraudes e conluio em licitações com recursos públicos, inclusive federais em diversos municípios cearenses, investigado pela Polícia Federal, bem como a falta de capacidade operacional dessa empresa para executar regularmente os contratos de obras assumidos com os diversos Municípios do Estado do Ceará nos exercícios de 2008 e 2009, em face do quantitativo de empregados declarados, conforme informações da Rais tem-se que levar em conta as informações que estavam ao alcance da comissão de licitação responsável pela Tomada de Preços n. 10.003/2008, no período em que estava sendo processada a licitação.

105. As decisões da Comissão de Licitação foram tomadas com base unicamente nas informações constantes nos documentos que fazem parte do processo licitatório, sendo exigida dos licitantes, exclusivamente, a documentação mencionada nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993, no tocante a habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, em cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

106. Isso implica dizer que a Comissão de Licitação não tinha obrigação de ter conhecimento de informações além daquelas previstas pela Lei 8.666/1993, nem poderia exigir das licitantes tais informações, por falta de amparo legal.

107. Portanto, a Comissão de Licitação não tinha conhecimento da Relação Anual de Informações Sociais – Rais das empresas licitantes, portanto não sabia a quantidade de empregados das empresas licitantes.

108. Da mesma forma, não tinha obrigação de conhecer a quantidade de Contratos assumidos pelas licitantes com outros municípios do Estado do Ceará e, caso conhecessem, essa informação isolada poderia até aumentar a credibilidade da empresa junto à Comissão licitatória.

109. Para fins de evitar a contratação de empresas inidôneas a cláusula 2.3 do Edital previa que não poderiam participar da licitação empresas que estivessem cumprindo suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar com a Prefeitura de Maracanaú/ CE, ou que tenham sido declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública.

110. Então, caberia a Comissão de Licitação verificar a existência por parte dos licitantes do impedimento constante do item 2.3 do Edital, mas não foi constatado pela Comissão nenhum impedimento por parte das empresas licitantes, dando prosseguimento ao processo licitatório, que teve como vencedora a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda., que apresentou a proposta mais vantajosa para a Administração.

#### **I.1.6 Com relação a execução da obra pela empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda.**

111. Os responsáveis alegam que a obra foi integralmente executada, dentro das condições estipuladas no edital da TP n. 10.003/2008, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias dos trabalhadores relacionados à execução das obras pactuadas.

112. Para fins de comprovação anexam aos autos cópias das folhas de pagamentos efetuados pela empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda, referentes aos meses de julho, agosto, setembro, outubro, dezembro de 2008 e janeiro de 2009 (peça 41, p. 49-204).

##### **I.1.6.1 Análise da Unidade Técnica**

113. Conforme informações constantes das folhas de pagamento, para a execução da obra de pavimentação em pedra tosca de 10 ruas do Bairro Sátiro, no Município de Maracanaú/CE, conforme projetos, orçamentos e especificações constantes das páginas 27 a 45 da Minuta do Instrumento Convocatório (Papéis de Trabalho do Fiscalis n. 889/2011, páginas 27 a 45) foram realizados os seguintes pagamentos:

| Meses/Ano                    | Quantidade de Empregados | Valor da Folha (R\$) | Peça/página |
|------------------------------|--------------------------|----------------------|-------------|
| Julho/2008                   | 7                        | 2.944,00             | 41/72       |
| Agosto/2008                  | 7                        | 2.944,00             | 41/71       |
| Setembro/2008 (1ª quinzena)  | 13                       | 5.434,00             | 41/153      |
| Setembro /2008 (2ª quinzena) | 13                       | 5.434,00             | 41/154      |
| Outubro/2008 ( 1ª quinzena)  | 13                       | 5.434,00             | 41/155      |
| Outubro/2008 ( 2ª quinzena)  | 6                        | 5.434,00             | 41/156      |
| Dezembro/2008 (1ª quinzena)  | 6                        | 2.503,00             | 41/129      |
| Dezembro/2008 (2ª quinzena)  | 6                        | 2.503,00             | 41/129      |
| Janeiro/2009 (1ª quinzena )  | 6                        | 2.503,00             | 41/204      |
| Janeiro/2009 (1ª quinzena)   | 6                        | 5.434,00             | 41/204      |
| Fevereiro/2009 (1ª quinzena) | 4                        | 1.900,00             | 41/195      |
| Fevereiro/2009 (2ª quinzena) | 4                        | 1.900,00             | 41/196      |
| Março/2009 (1ª quinzena)     | 4                        | 1.900,00             | 41/186      |
| Março/2009 (2ª quinzena)     | 4                        | 1.900,00             | 41/187      |
| Abril/2009 (1ª quinzena)     | 4                        | 1.900,00             | 41/168      |
| Abril/2009 (1ª quinzena)     | 4                        | 1.900,00             | 41/169      |
| <b>TOTAL</b>                 |                          | <b>51.967,00</b>     |             |

114. Confrontando as informações constantes das folhas de pagamento anexadas pela defesa com as informações presentes nas Notas Fiscais (peças 29 a 41 do TC 030.943/2011-6 – RA), verificamos divergências consideráveis nos gastos com mão-de-obra. Nas Notas Fiscais são informados valores que totalizam R\$ 281.382,92 para gastos com mão-de obra, enquanto nas folhas de pagamentos, sintetizadas no quadro anterior, é informado o valor de R\$ 51.967,00.

| Nota Fiscal | Valor      | Mão de obra | Data da Emissão | Peça |
|-------------|------------|-------------|-----------------|------|
| 115         | 37.342,74  | 18.671,38   | 27/8/2009       | 29   |
| 114         | 76.034,12  | 38.017,09   | 27/8/2009       | 31   |
| 146         | 33.651,48  | 16.825,74   | 28/9/2009       | 32   |
| 148         | 23.164,53  | 11.582,26   | 28/9/2009       | 33   |
| 20          | 47.168,38  | 23.584,19   | 8/5/2009        | 34   |
| 21          | 23.165,85  | 11.582,93   | 8/5/2009        | 35   |
| 515         | 26.552,49  | 13.266,24   | 16/9/2008       | 36   |
| 516         | 13.040,76  | 6.520,38    | 16/9/2008       | 37   |
| 592         | 51.447,51  | 25.723,55   | 12/12/2008      | 38   |
| 593         | 25.502,00  | 12.601,00   | 12/12/2008      | 39   |
| 656         | 141.135,43 | 70.567,71   | 17/2/2009       | 40   |
| 659         | 62.772,35  | 31.786,17   | 17/2/2009       | 41   |
|             |            | 280.728,64  |                 |      |

115. As divergências verificadas nas informações relativas a pessoal, com diferentes registros quanto aos montantes despendidos com a mão-de obra utilizada na execução do objeto do Contrato de Repasse n. 0231129-18 (Siafi 602628), se constitui em indício, conforme consignado no relatório de auditoria, quanto a falta de capacidade operacional da empresa contratada pela Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE para execução da obra de pavimentação objeto do Contrato de Repasse n. 0231129-18 (Siafi 602628).

116. Conforme Acórdão 1330/2008 – Plenário, é obrigação da Administração verificar, a cada pagamento, a regularidade dos contratos com a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), nos termos do § 3º do art. 195 da Constituição Federal e no inciso IV do art. 29 da Lei 8.666/1993, de acordo com o entendimento firmado pelo Tribunal na Decisão 705/1994 Plenário, ou seja, a realização dos pagamentos estão subordinados à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento do art. 2º da Lei 9.012/1995 e arts. 29, inciso III de IV da Lei 8.666/1993.

117. Ressalte-se que empresas com débitos com o FGTS não podem celebrar contratos de prestação de serviços, nem participar de concorrência pública.

118. Então, a afirmação da defesa de que os pagamentos efetuados pelo Município em favor da contratada foram precedidos da exigência de apresentação da documentação de praxe, com a entrega por parte da Goiana dos comprovantes de quitação das parcelas trabalhistas e previdenciárias não prova a regularidade das presentes contas uma vez que os pagamentos dessas obrigações incidiram sobre os valores referentes a quantidade de empregados constantes das folhas de pagamentos (peça 41), que divergem das informações/valores relativos aos gastos com pessoal constantes das notas fiscais.

119. Dessa forma, as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, juntamente com a documentação anexada aos autos, não comprova perfeitamente o nexos entre a execução da obra e o quantitativo de pessoal utilizado.

120. No entanto, são necessárias algumas considerações que também afastam a irregularidade sugerida:

a) os responsáveis negam a ocorrência de subcontratação por parte da empresa Goiana e entendem que o que importa é que a obra foi executada integralmente;

b) cabe ressaltar que não houve prejuízo real ao Erário em razão das obras terem sido executadas em sua integralidade pelo valor licitado, que, por sua vez, estava abaixo do preço de referência das tabelas oficiais;

c) a divergência entre nota fiscal, folhas de pagamento e informações da Rais, apesar de indevida, não faz prova cabal da falta de capacidade operacional da empresa, uma vez que a conclusão da obra milita em favor da contratada;

d) além disso, o percentual declarado de mão-de-obra nas notas fiscais não se refere unicamente ao salário dos funcionários, mas também a todos os encargos incidentes;

d) as divergências aqui relatadas podem até remeter a possíveis descumprimentos da legislação trabalhista ou tributária, mas não fazem prova cabal de que não foi a empresa contratada que realizou a obra;

e) o número de funcionários apresentado nas folhas de pagamento, se por um lado, não faz prova de que seria possível realizar a obra com esta quantidade, por outro lado, em razão da baixa qualidade técnica exigida dos serviços, também não faz prova de que não seria suficiente e, nesse ponto, mais uma vez a conclusão da obra milita em favor da empresa.

121. Do exposto, propõe-se a exclusão desta falha por ausência de evidências da falta de capacidade operacional da empresa.

## **I.2 Das alegações de defesa apresentadas pelo Senhor Marcos Barboza da Silva, Engenheiro da Prefeitura responsável pelo atesto das medições.**

122. Em resposta a citação realizada por meio do Ofício 930/2012-TCU/Secex-CE (peça 10), o responsável, através do advogado legalmente constituído, Sr. Eugênio de Araújo Oliveira Lima, OAB-CE 18.264, conforme procuração (peça 26), apresentou as alegações de defesa que compõem a peça 38.

123. Conforme Relatório de Auditoria, a conduta do responsável consistiu em atestar serviços de empresa sem capacidade operacional para execução da obra, resultando em pagamento de serviços sem nexo de causalidade com os recursos a eles destinados.

124. Em sua defesa o responsável informou que sua função como engenheiro era tão somente atestar a efetivação dos serviços *in loco*. Desse modo, esclarece que nos limites do território do município de Maracanaú, a empresa contratada mateve um quadro operacional compatível com o objeto executado, no qual seu resultado final foi integralmente aprovado pela Caixa Econômica Federal.

125. Informou que os serviços executados foram devidamente atestados pela Prefeitura e pela Caixa Econômica Federal, que liberou as parcelas financeiras correspondentes ao objeto, o que somente ocorre quando verificada a boa e regular efetivação das etapas da obra.

126. Ressalta que a análise da Rais para verificar se a empresa possui ou não quadro pessoal requer reapreciação, pois conforme súmula 7/STJ tal conclusão extrapola a norma legal.

127. Defende que as informações fulcradas na Rais não devem interferir na avaliação das contas em pauta.

128. Observa que a sua responsabilidade limita-se ao atesto da efetivação dos serviços, haja vista sua atuação específica como fiscal da execução contratual, não tendo nenhuma participação nas etapas anteriores, especialmente no procedimento licitatório realizado e na contratação da empresa responsável para execução da obra objeto do contrato de repasse examinado.

129. Ressalta que é de fundamental importância que seja demonstrado cabalmente qual foi o ato por ele cometido que ocasionou qualquer ato fraudulento ou ainda que conduzisse conluio entre as empresas concorrentes.

130. Alega que a individualização da participação de cada envolvido é fator determinante para o exercício da ampla defesa.

131. Informa que não praticou atos ilegais e, igualmente, não foi omissa no dever de prestar contas, assim como não participou de nem uma etapa do procedimento licitatório que precedeu a contratação da empresa que executaria o objeto do Contrato de Repasse n. 0231129-18 (Siafi 602628), nem causou dano provocado por ato antieconômico ou de prática de ato de gestão qualificado como antieconômico.

132. Concluiu que a fundamentação utilizada para conduzir o entendimento de que o ato do defendente ocasionou dano ao erário é de todo vazio de comprovação material e legal.

133. Faz uma observação acerca do princípio da proporcionalidade que é um enfoque da razoabilidade e ressalta que a propositura de devolver os recursos utilizados, seja por ser desproporcional, seja por ser irrazoável deve ser considerado em virtude da excessiva pena aplicada ao agente.

134. Entende que a pena deve ter uma relação proporcional com o bem jurídico tutelado/lesionado no caso concreto, questionando se não estaria o Tribunal de Contas da União conduzindo a imputação de pena excessiva e desproporcional.

135. Conclui afirmando que em nenhum momento foram encontrados traços de desonestidade por parte do defendente, pelo contrário, não se vêem indícios suficientes para afirmar que na sua conduta está ausente a boa-fé ou que tenha reprovabilidade suficiente para sua responsabilização, assim como não constam do processo elementos mínimos que configurem conduta desonesta, dolosa ou qualquer tipo de locupletação ou culpa grave, de forma a justificar a imputação de multa e a respectiva desaprovação das contas inerente ao processo em foco.

136. Finaliza solicitando que sejam acatadas as suas alegações de defesa em face da ausência de má-fé, dolo ou malversação do dinheiro público, vez que, demonstrada, cabalmente, a total execução do objeto, inclusive reconhecida pelo órgão competente.

### **I.2.1 Análise da Unidade Técnica**

137. Ressalte-se que o motivo da citação do Sr. Marcus Barboza da Silva não está vinculada ao procedimento licitatório, pois o mesmo não participou da licitação, mas está vinculado à sua atuação como fiscal do contrato.

138. A conduta do responsável consistiu em, como fiscal, atestar os serviços realizados pela Construtora Goiana, conforme atestos constantes das Notas Fiscais 115, 114, 146, 148, 20, 21, 515, 516, 592, 593, 656, 659, que constituem respectivamente as peças 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 do RA (TC 030.943/2011-6).

139. Conforme já informado anteriormente, a falta de capacidade operacional da empresa contratada não ficou evidenciada nos autos. Nesse sentido, a mera divergência entre as informações da Rais e da folha de pagamento da empresa não faz prova de que não tenha sido a empresa Goiana que executou os serviços.

140. Conforme informado pelo responsável, nos limites do território do município de Maracanaú a empresa contratada teve um quadro operacional compatível com o objeto executado e não há nos autos elementos suficientes que refutem essa afirmação.

141. Ante o exposto, propõe-se o acolhimento das alegações de defesa apresentadas pelo responsável.

### **I.3 Das alegações de defesa apresentadas pelo Senhor Edson Pereira de Sousa, Presidente da Comissão de Licitação**

142. Em resposta a citação realizada por meio do Ofício 931/2012-TCU/Secex-CE (peça 9), o responsável, através do advogado legalmente constituído, Sr. Eugênio de Araújo Oliveira, OAB-CE 18.264, conforme procuração (peça 31), apresentou as alegações de defesa que compõem a peça 44.

143. Conforme relatório de auditoria, a conduta do responsável que culminou na restrição ao procedimento licitatório foi elaborar a minuta do Edital da TP 10.003/2008, que tinha como objetivo a contratação da empresa para execução de pavimentação em ruas do município de Maracanaú/CE, com cláusulas restritivas à competitividade, a saber:

a) O edital licitatório, em seu subitem 3.4.3, exigiu a comprovação de que a empresa licitante possuísse capital social integralizado mínimo de 10% do valor estimado, ou seja, valor de R\$ 58.056,92 e, em seu subitem 5.1, que também apresentasse garantia para a proposta, em valor equivalente a 1% do orçado, ou seja, R\$ 5.805,69. A exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios de licitações, de requisitos de capital social mínimo e garantia contraria as disposições contidas no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93, e deliberações do TCU, a exemplo da Decisão 1521/2002 Plenário;

b) O edital licitatório, em seu subitem 3.5.3.1, exigiu atestado firmado por servidor integrante da Secretaria de Obras do Município de que o profissional responsável técnico da empresa licitante efetuasse visita prévia ao local onde seriam realizados os serviços da obra. A referida cláusula desabilitou a empresa Simmer Construções e Montagens Ltda, tendo em vista que a visita da referida empresa foi realizada por um engenheiro que não é o detentor do Acervo Técnico. Restaram habilitadas apenas as Construtoras Goiana e A.P.B.J. Inexiste fundamento legal para se exigir, com vistas à habilitação da licitante, que tal visita seja realizada por um engenheiro que seja detentor de acervo técnico da empresa participante, o que constitui cláusula restritiva à competitividade, a exemplo do decidido nos Acórdãos 890/2008, 1174/2008 e 2150/2008-Plenário, todos do Plenário;(verificar se exclui esse trecho);

c) não verificar a existência de alinhamento de preços nas propostas de licitação.

#### **I.3.1 quanto à exigência simultânea de capital social mínimo e de garantia**

144. Acerca da restrição constante do subitem 3.4.3, o responsável argumenta que a despeito do disposto no Acórdão n. 1.521/2002, a interpretação do artigo 31 de Lei das Licitações o remete a outra interpretação.

145. Alega que a própria Lei de Licitações, na tentativa de assegurar à administração uma ferramenta que pudesse obrigar esses aventureiros a assumir suas obrigações, bem assim garantir ao Poder Público um ressarcimento ou até o recebimento de eventuais penalidades impostas aos licitantes que não mantiveram a proposta, comportarem-se de modo inidôneo, de má-fé ou cometerem fraude, frustrando o objetivo do certame, instituiu a possibilidade de se cobrar a “garantia pela manutenção da proposta”.

146. Explica que a citada exigência, disciplinada em lei, busca resguardar a administração pública dos licitantes picaretas.

147. Informa que conforme tratada na própria lei, esta garantia está limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação e pode ser prestada nas mesmas modalidades e critérios previstos no *caput* e § 1º do artigo 1º da Lei de Licitações.

148. Acrescenta que, segundo o artigo 37 da Constituição Federal, as obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados mediante processo de licitação pública, nos termos da lei, o qual permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

149. Entende que, se a própria constituição assegura a cobrança de garantias econômicas para o cumprimento das obrigações por parte dos licitantes, e remete para a lei a competência para disciplinar o procedimento licitatório, não há porque falar-se em inconstitucionalidade da exigência de garantia de proposta que, além de buscar a garantia da manutenção das obrigações, está disposta na lei.

150. Alega que a garantia de contrato não se confunde com a garantia da proposta. Explica que tais garantias tem finalidade completamente diversa. Enquanto a garantia da proposta tem como escopo a manutenção da proposta até a subscrição do contrato, a garantia do contrato visa justamente estabelecer mecanismos voltados ao adimplemento do contrato celebrado.

151. Entende, portanto, que a dicção do parágrafo segundo do artigo 30 é clara e incontestável, no sentido de não poder ser cobrada de forma cumulativa capital social mínimo e garantia de Execução contratual, nada dizendo quanto a eventual vedação à cobrança de garantia de proposta, até porque possuidora de finalidade distinta à traçada na citada norma.

152. Registra que, segundo os princípios básicos da hermenêutica jurídica, a interpretação de dispositivos normativos deve ocorrer à luz do princípio da razoabilidade.

153. Conclui que diante disso, não se poderia admitir outra interpretação senão a ora esposada, restando sanada a falha apontada.

#### **I.3.1.1 Análise da Unidade Técnica**

154. As alegações de defesa apresentadas pelo Senhor Edson Pereira de Sousa guardam semelhança com aquelas apresentadas pelo Prefeito Municipal e Pelo Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano do Município de Maracanaú/CE, por isso reiteramos a análise já realizada nos itens 25 a 37 da presente instrução, na qual conclui-se que não resta dúvida que a cláusula 3.4.3 do edital infringiu o art. 31 da Lei 8.666/1993 e também a jurisprudência do TCU, configurando exigência excessiva ao que estabelece a Legislação.

155. No entanto, apesar da infringência ao dispositivo da Lei 8.666/1993, não se pode concluir que o fato indique direcionamento de licitação ou licitação montada por parte da comissão responsável pela Tomada de Preços n. 10.003/2008-TP, principalmente se observarmos no caso concreto o valor do capital integralizado mínimo exigido (R\$ 58.056,92) e o valor da proposta (R\$ 5.805,69), valores de pequena monta, considerando que se trata do ramo da Construção.

156. Portanto, permanece como irregular a situação verificada pela auditoria quanto à infração ao artigo 31 da Lei 8.666/1993, no entanto, como a referida irregularidade não configura prova suficiente para indicar direcionamento por parte da comissão de licitação, será proposto apenas a aplicação ao responsável da multa prevista no art. 58, II da Lei 8.443/1992.

157. Com relação à exigência constante do subitem 3.5.3.1 do Edital, o responsável informa que a exigência de visitas técnicas em editais de obras e serviços de engenharia não se caracteriza novidade para o mundo jurídico.

158. Explica que a exigência de visita encontra amparo no artigo 30, inciso III da Lei 8.666/1993, que prevê a possibilidade de a Administração Pública requerer a comprovação de que o licitante recebeu os documentos e tomou conhecimento de todas as informações e condições do local para o cumprimento do objeto licitado.

159. Ressalta que existe previsão legal para a exigência de visitas técnicas prévias, mas que a Lei não tratou de detalhar a forma como essas visitas devam ser feitas ou por quem essas visitas devem ser realizadas.

160. Esclarece que o edital da licitação exigia (em atendimento ao artigo 30, II e 1º, I) a apresentação de comprovação da licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista no preâmbulo do Edital, profissional de nível superior, devidamente reconhecido pela entidade

competente, detentor de no mínimo de um atestado ou certidão de responsabilidade técnica, com o respectivo acervo expedido pelo Crea, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove(m) os profissional(is), obras, ou serviços de engenharia de características técnicas similares as do objeto ora licitado, atinentes às respectivas parcelas de maior relevância.

161. Explica que a exigência de que o responsável técnico, detentor de acervo realizasse a visita técnica visava tão somente dar segurança à administração e ao licitante.

162. Acrescenta que de nada adiantaria se a visita fosse realizada por pessoas estranhas à responsabilidade técnica.

### **I.3.2.1 Análise da Unidade Técnica**

163. No caso em tela, o objeto da licitação consistia na execução de obras de drenagem, terraplanagem e pavimentação poliédrica em várias ruas do bairro Santo Sático.

164. Em algumas situações, o tribunal já admitiu a visita técnica como critério de habilitação, desde que suas circunstâncias não ocasionem ônus desnecessário às licitantes e restrição injustificada à competitividade (Acórdãos 2.028/2006 – 1ª Câmara e 874/2007-Plenário). Cita-se como restrição injustificada a fixação de horário único para a realização da visita técnica, a exemplo do verificado no TC 011.556/2012-9 (Acórdão 1842/2013-P), situação que não ocorreu procedimento licitatório ora examinado.

165. Contudo, o TCU tem se posicionado no sentido de que, para ser demandada, a visita a obra deve ser imprescindível, pois em regra é suficiente declaração formal assinada pelo responsável técnico acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da obra, pois afronta os arts. 3º, § 1º, inciso I e 30, inciso II e 5º, da Lei 8.666/1993 (Acórdãos 1.174/2008, 2.150/2008, 1842/2013, todos do Plenário).

166. Os argumentos apresentados pelo responsável não comprovam que a realização de visita a obra seria imprescindível.

167. Embora a exigência de vistoria prévia ao local da obra pertença à esfera da discricionariedade do gestor, deve estar previamente fundamentada na demonstração das peculiaridades do objeto, de modo a justificar a necessidade de adoção de procedimento excepcional, por ser restritivo à participação de potenciais licitantes.

168. Além disso, cumpre ressaltar que uma das empresas licitantes, a empresa Simmer Construções e Montagens Ltda., foi desabilitada, tendo em vista que a sua visita técnica foi realizada por um engenheiro que não era detentor do Acervo Técnico.

169. No entanto, não podemos esquecer o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, que obriga a comissão de licitação observar as normas e condições estabelecidas no edital.

170. O instrumento de convocação referente a Tomada de Preço n. 10.003/2008-TP, em sua cláusula 3.5.3.1, é bem claro quanto a exigência de que a visita técnica prévia ao local da obra deveria ser realizada pelo profissional detentor do acervo técnico da empresa licitante.

171. Dessa forma, não se esperaria da Comissão de Licitação, na fase de habilitação, outro posicionamento, que não fosse o de verificar o cumprimento das exigências necessárias a habilitação por parte das empresas licitantes e conseqüente desabilitação das que não cumprissem os requisitos constantes do edital.

172. Cumpre ressaltar que a conduta do responsável consistiu na inclusão de cláusula restritiva no Edital da TP 10.003/2008.

173. Ante o exposto, considero que as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Edson Pereira de Sousa, responsável pela elaboração do Edital da TP 10.003/2008, não foram capazes de

sanar as irregularidades quanto a inclusão de cláusula de caráter restritivo ao Edital da referida Tomada de Preços, que teve com vencedora, empresa com capacidade operacional questionável, devendo-lhe ser aplicado a multa prevista no artigo 58, inciso II da Lei das Licitações.

### **I.3.3 quanto ao alinhamento de preços das propostas**

174. Acerca da não verificação da existência de alinhamento de preços nas propostas, o responsável esclareceu inicialmente que a administração municipal juntou, no anexo I do instrumento convocatório, o orçamento básico da obra (sendo este o valor limite para a adjudicação do objeto), entregando a cada licitante em mídia arquivos com planilha de preços).

175. A planilha com orçamento básico facilita ao licitantes a elaboração das propostas de preço.

176. O responsável informou que verificando cada item das propostas de preço apresentadas, constata-se claramente, que à exceção do item n. 20, os preços cotados por cada empresa foi igual ao preço constante do orçamento base da Prefeitura de Maracanaú/CE.

177. Esclarece que os preços consignados nas propostas, ao invés de um simples fator do acaso, na verdade tiveram uma razão precedente plenamente justificável, que foi a indicação de tais preços no orçamento da licitação juntado ao Edital.

178. Ressalta que as licitantes deram, de maneira coincidente, descontos nas parcelas de maior relevância da obra, no item mais significativo da planilha, a saber: pavimentação do sistema viário, que onerava mais de 50% do orçamento.

179. Afirma que o procedimento é comum, sendo prática de várias empresas, que adotando o preço-base da licitação, deixam para reduzir seus custos nos itens de maior escala, que se afiguram mais representativos no contrato.

180. Alega, portanto, que a identidade de preços se justifica em razão destes terem sido extraídos do orçamento-base do município adotado para a Tomada de Preços n. 10.003/2008.

181. Prossegue informando que duas empresas participaram da fase de preços do certame e que não há qualquer indício de correlação entre as participantes. Primeiro, porque entre tais empresas não há qualquer sócio, representante, responsável técnico, membros das equipes técnicas ou qualquer pessoa em comum. Acrescentando que até os contadores são diferentes.

182. Segundo, porque os documentos apresentados por ambas não possuem qualquer interseção formal ou material (como datas de imissão ou de autenticações, por exemplo, sendo inclusive autenticadas em cartórios diferentes), portanto, nada levava a crer haver conluio entre as mesmas.

183. Terceiro, porque as empresas possuem endereços completamente distintos, não induzindo qualquer afirmação de se tratarem de empresas pertencentes a pessoas ou grupos com interesses comuns.

184. Destaca que o procedimento licitatório utilizado pelo Município tratou-se de uma Tomada de Preços, o qual foi publicado no flanelógrafo da Prefeitura, em Jornal de grande circulação, no Diário Oficial do Estado do Ceará, no Diário Oficial da União, não tendo a Comissão de Licitação, qualquer ingerência sobre quem participa ou deixa de participar do citado processo, por tratar-se de um processo completamente aberto a qualquer empresa situada no território nacional que esteja cadastrada perante o Município.

185. Defende que não se poderia exigir da comissão de licitação, em especial do peticionário, outra conduta, senão a de declarar vencedora a empresa que, devidamente habilitada por cumprir todos os requisitos editalícios, ofertou o menor preço.

186. Ressalta o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

187. Afirma que o entendimento que vem sendo perfilhado pela Comissão é indissociante do posicionamento doutrinário: a vinculação ao instrumento convocatório faz do edital a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições.

188. Alega que, estando o preço apresentado pela vencedora dentro dos parâmetros de mercado e preenchendo a proposta às exigências editalícias, em observância dos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, seria inexigível da comissão de licitação conduta diversa da praticada.

189. Finalizando registra que, por porte do defendente inexistiu qualquer ato que importasse em desfalque ou desvio de dinheiros, bens, ou valores públicos, ou ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que tivessse resultado dano ao erário.

190. Conclui requerendo o recebimento das alegações de defesa para o fim de isentá-lo de qualquer penalidade, considerando a justificativa plausível para os preços apresentados, bem como a inexistência de qualquer outro elemento que autorize firmar um juízo de convicção da real e efetiva existência de ajuste ou combinação entre as participantes.

#### **I.3.3.1 Análise da Unidade Técnica**

191. Com relação a não verificação por parte da comissão de licitação da coincidência total em todos os itens e subitens das propostas (planilhas) de preços das empresas licitantes, com exceção de apenas um item, o de n. 20, as alegações de defesa apresentadas pelo responsável assemelham-se àquelas apresentadas pelo Prefeito Municipal e Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano do Município, já analisadas na presente instrução.

192. As alegações de defesa demonstraram que a coincidência verificada em vários itens 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 deve-se ao fato de que aquelas empresas adotaram para quase todos os itens, com exceção do item 20, os preços existentes na planilha orçamentária constante do edital TP 10.003/2008.

193. O fato pode ser comprovado verificando-se a minuta do Instrumento Convocatório da TP 10.003/2008 (página 185 do processo licitatório constante dos Papéis de Trabalho referente ao Fiscalis 889/2011), juntamente com as propostas de preços apresentadas pelas empresas APBJ e Goiana, que também constam dos papéis de trabalho constante do Fiscalis.

194.. Não consta do Relatório de Auditoria a verificação de outro indício de conluio nas propostas apresentadas pelas empresas licitantes acima, tais como propostas com mesmo padrão gráfico, empresas com sócio em comum, atuação em endereços coincidentes.

195. Sendo assim, as alegações de defesa apresentadas pelo responsável foram suficientes para justificarem o prosseguimento do procedimento licitatório pela comissão responsável pela Tomada de Preços n. 10.003/2008, que não verificou nos documentos que compõe o certame indícios de conluio entre as empresas licitantes, dando, por conseguinte, continuidade ao certame.

#### **I.4 Das alegações de defesa apresentadas pela Senhora Débora Lopes de Araújo Menezes, Secretária da Comissão de Licitação do Município de Maracanaú-CE**

196. Em resposta a citação realizada por meio do Ofício 934/2012-TCU/Secex-CE (peça 6), a responsável, através da advogada legalmente constituída, Senhora Geovânia Sabino Machado Mendes, OAB-CE 8.654, conforme procuração (peça 22), apresentou as alegações de defesa que

compõem a peça 21.

197. Conforme relatório de auditoria, a conduta da responsável consistiu em não verificar a existência de alinhamento de preços nas propostas das licitantes, dando continuidade ao procedimento licitatório.

198. Preliminarmente, a responsável informou que, na qualidade de Secretária da Comissão de Licitação não procedeu a análise das citadas propostas nem proferiu qualquer voto quanto à sua aceitabilidade, ou não, posto que, no exercício das funções de secretariar os trabalhos da Comissão, sempre lhe coube, como de direito, as seguintes tarefas: lavrar atas das reuniões da Comissão, rubricar os documentos de habilitação e os relativos às propostas; preparar, sob a orientação do Presidente da Comissão, correspondência a ser expedida, avisos e atos a serem publicados; controlar e certificar nos autos do processo licitatório os prazos; atender às determinações do Presidente da Comissão; e, em último caso, havendo necessidade, substituir o Presidente da Comissão em suas ausências ou impedimentos, ou quando assim determinado pela autoridade superior.

199. Reclamou que a embora tenha sido individualizada a conduta de todos os agentes que participaram da execução do Contrato de Repasse em tela, no caso da Comissão de Licitação foi atribuído a todos os seus integrantes condutas idênticas e a mesma penalidade.

200. Defende que a denominada “denúncia genérica”, que não individualiza a conduta de cada um dos acusados quando se trata de autoria coletiva (ou de crime societário), deve ser definitivamente abolida do nosso sistema jurídico.

201. Quanto ao mérito, alegou que a licitação é regida por normas e princípios, sendo procoessada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

202. Alega que os critérios de julgamento devem ser claros e objetivos, não cabendo a comissão de licitação verificar eventual alinhamento com natureza de conluio, de conchave, entre os participantes, de uma feita que, em assim sendo, se desviaria a Comissão da análise de aspectos legais – formais e materiais – das propostas.

203. Argumenta que o Tribunal não pode exigir dos integrantes da Comissão posicionamento que amplia o rol de critérios do Edital, em uma seara investigativa, completamente alheia aos parâmetros legais definidores dos grupos de critérios de seleção, mencionando o artigo 44 da Lei das Licitações.

204. Cita os critérios a serem utilizados pela Comissão de Licitação (critérios de habilitação, critérios técnicos, critério de aceitabilidade, critério de julgamento das propostas, critério de desempate), ressaltando que nenhum deles permite as dilações exigidas pelo TCU.

205. Acrescenta que não caberia a Comissão, na Seara do homem comum, “perceber” e se imiscuir nas entrelinhas das atitudes dos licitantes, em uma seara onde, efetivamente não se lhes competia adentrar.

206. Explica que não pode ser apenada por algo que não lhe cabia fazer.

207. Registra ainda como consequência da acusação genérica, a penalidade também “genérica” de responder solidariamente pelo recolhimento da importância atualizada de R\$ 463.901,55 (quatrocentos e sessenta e três mil, novecentos e um reais e cinquenta e cinco centavos), em conjunto com o Prefeito, Secretário, engenheiro, alguns servidores, os demais membros da Comissão de Licitação, empresas participantes da licitação e sócios/administradores de empresas, despontando a penalidade como um verdadeiro absurdo, na medida que não lhe atribui a cada um o “quantum” da restituição de acordo com a medida da sua suposta participação.

208. Argumenta que a omissão apontada aos integrantes da Comissão de Licitação despontaria muito mais como uma atecnia, uma falta de cuidado, não podendo nunca ser caracterizada com uma intenção de causar dano ao erário.

209. Solicita que seja acatada a Preliminar de ilegitimidade passiva sustentada, no entanto, se resolver adentrar no universo meritório, se pronuncie pela exclusão de sua responsabilidade, especialmente quando ao débito que lhe foi imputado, tendo em vista que os procedimentos levados a efeito pela Comissão de Licitação atenderam ao regramento legal atinente.

#### **I.4.1 Análise das alegações de defesa**

210. Conforme já verificamos anteriormente a irregularidade imputada a Senhora Débora já foi devidamente analisada na presente instrução, ficando demonstrado que a coincidência verificada em vários itens 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 deve-se ao fato de que aquelas empresas adotaram para quase todos os itens, com exceção do item 20, os preços existentes na planilha orçamentária constante do edital TP 10.003/2008.

211. Não consta do Relatório de Auditoria a verificação de outro indício de conluio nas propostas apresentadas pelas empresas licitantes acima, tais como propostas com mesmo padrão gráfico, empresas com sócio em comum, atuação em endereços coincidentes.

212. Sendo assim, as alegações de defesa apresentadas pelo Prefeito Municipal e Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano, também podem ser utilizadas em benefício da Senhora Débora Lopes de Araújo, sendo suficientes para justificarem o encaminhamento dado ao procedimento licitatório pela comissão responsável pela Tomada de Preços n. 10.003/2008, que não verificou nos documentos que compõem o certame, indícios de conluio entre as empresas licitantes, dando, por conseguinte, continuidade ao certame.

#### **I.5 Das alegações de defesa apresentadas pelo Senhor Egídio Cordeiro de Abreu Filho, membro da Comissão de Licitação do Município de Maracanaú-CE**

213. Em resposta a citação realizada por meio do Ofício 934/2012-TCU/Secex-CE (peça 6), o responsável, apresentou as alegações de defesa que compõem a peça 45.

214. Conforme relatório de auditoria, a conduta do responsável consistiu em não verificar a existência de alinhamento de preços nas propostas apresentadas pelas licitantes na TP 10.003/2008.

215. As alegações de defesa apresentadas pelo responsável possuem o mesmo teor daquelas que foram apresentadas pelo Prefeito Municipal e pelo Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano Presidente da Comissão de Licitação, já foi devidamente analisada nos itens 65 a 69 da presente instrução, ficando demonstrado que a coincidência verificada em vários itens 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 deve-se ao fato de que aquelas empresas adotaram para quase todos os itens, com exceção do item 20, os preços existentes na planilha orçamentária constante do edital TP 10.003/2008.

216. Sendo assim, as alegações de defesa apresentadas pelo Prefeito Municipal e Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano, também podem ser utilizadas em benefício do Senhor Egídio Cordeiro de abreu Filho, sendo suficientes para justificarem o encaminhamento dado ao procedimento licitatório pela comissão responsável pela Tomada de Preços n. 10.003/2008, que não verificou nos documentos que compõe o certame, indícios de conluio entre as empresas licitantes, dando, por conseguinte, continuidade ao certame.

#### **CONCLUSÃO**

217. O presente processo trata dos recursos repassados pelo Ministério das Cidades à Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE, através do Contrato de Repasse 0231129 (Siafi 602628),

tendo como objeto a pavimentação em pedra tosca das ruas 04, 08, 09, 11, 12, 14, 15, 17 e 18 do Bairro Sátiro naquele Município.

218. Para execução das obras de pavimentação, que tiveram início em julho de 2008 e conclusão em 28/9/2009, conforme medição final, foi contratada a empresa Goiana Construções e Prestação de Serviços Ltda, vencedora da Tomada de Preços 10.003/2008.

219. A execução da obra foi integralmente acompanhada pela Caixa Econômica Federal, através da empresa Proeng Construções, Locações e Serviços Ltda., CNPJ 02.395.160/0001-02.

220. A Prefeitura de Maracanaú apresentou prestação de contas dos recursos recebidos, recebendo aprovação do órgão repassador.

221. Em auditoria realizada no exercício de 2011, apesar da constatação física da execução da obra, foi levantada a existência de indícios de fraude e/ou conluio no procedimento licitatório na Tomada de Preços n. 10.003/2008, que teve como vencedora a empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., contratada para execução da obra.

222. Foi levantado também pela equipe de auditoria a ausência de capacidade operacional das duas empresas habilitadas no certame, A.P.B.J. Construções Indústria e Comércio de Mão de Obra Ltda e Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda, tendo em vista que pelas informações da Rais, no ano da licitação, em 2008, a Goiana não possuía nenhum empregado e a A.P.B.J possuía 3 empregados.

223. Além da ausência de empregados, a empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda sagrou-se vencedora em muitas licitações em diversos municípios do Estado do Ceará, nos exercícios de 2008 e 2009, conforme informações extraídas do sítio do Tribunal de Contas dos Municípios, o que fez inferir que não possuía estrutura de pessoal operacional para executar a obra oriunda da Tomada de Preços 10.003/2008 – TP.

224. A ausência de capacidade operacional da empresa contratada para executá-la implicaria na ausência denexo causal entre os recursos repassados e a consecução do seu objetivo, resultando na não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais liberados por meio do Contrato de Repasse n. 0231129 (Siafi 602628).

225. Da análise realizada nas alegações de defesa apresentadas pelo Senhor Edson Pereira de Sousa, Presidente da Comissão de Licitação TP 10.003/2008, conclui-se que as cláusulas 3.5.3.1 e 3.4.3 do edital da referida Tomada de Preços infringiram a Lei 8.666/1993 e também a Jurisprudência do TCU, configurando exigências excessivas ao que estabelece a Legislação, sem no entanto, constituir prova suficiente para indicar direcionamento de licitação por parte da comissão de licitação.

226. Da análise realizada nas informações/alegações de defesa apresentadas pelo Prefeito Municipal e Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano do Município de Maracanaú/CE, cujas condutas individuais segundo relatório consistiram em não supervisionar os trabalhos realizados pelos membros da Comissão de Licitação responsável pela TP 10.003/2008, verificamos que foram suficientes para eliminar os indicativos de fraudes no procedimento licitatório por parte dos agentes públicos municipais.

227. Da mesma forma, não restou confirmada a falta de capacidade operacional da empresa contratada.

228. Com relação às alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, foram acatadas integralmente aquelas apresentadas pela Senhora Débora Lopes de Araújo Menezes, Secretária da CPL e Egídio Cordeiro de Abreu Filho, Membro da Comissão Central de Licitação do Município de Maracanaú/CE, cujas condutas imputadas consistiram na não verificação da existência de alinhamento de preços nas propostas apresentadas pelas licitantes na TP 10.003/2008. As alegações

apresentadas pelo Sr. Edson Pereira de Sousa, Presidente da CPL, em relação a esta irregularidade, também foram acolhidas.

229. Apesar do Senhor Francisco Eduardo Nascimento dos Santos, membro da Comissão de Licitação, não ter apresentado alegações de defesa, as justificativas apresentadas pelos demais membros da CPL aproveitam ao responsável para excluir sua responsabilidade.

230. Foram rejeitadas as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Edson Pereira de Sousa, Presidente da CPL, com relação à inclusão das cláusulas 3.4.3 e 3.5.3.1 ao Edital da referida Tomada de Preços, 10.003/2008, devendo-lhe ser imputada a multa prevista no art.58, inciso II da Lei 8.443/1992.

231. As alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis Roberto Soares Pessoa, Prefeito Municipal, Carlos Eduardo Bandeira de Mello, Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano e Marcos Barboza da Silva, Engenheiro, fiscal da obra de pavimentação, objeto do Contrato de Repasse 0231129-1, foram acolhidas integralmente, e aproveitam ainda aos demais responsáveis revéis.

### **BENEFÍCIOS DO CONTROLE EXTERNO**

232. Como proposta de benefício potencial quantitativo advindo do exame desta TCE, cita-se a aplicação da multa do art. 58, II da Lei 8.443/1992.

### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

233. Do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo:

I – Considerar revéis os responsáveis A.P.B.J Construções Indústria Comércio e Serviços de Mão de Obra Ltda (CNPJ 07.405.573/0001-44); Francisco Eduardo Nascimento dos Santos (CPF 243.482.873-68); Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda (CNPJ 07.192.755/0001-84); José Milton Lúcio do Nascimento (CPF 389.955.303-91); Suarez Leite Machado (CPF 249.171.173-72); e Francisco de Assis Pinto Bilhar Júnior (473.750.432-72);

II – Acatar integralmente as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis Roberto Soares Pessoa (CPF 001.137.353-91); Carlos Eduardo Bandeira de Mello (CPF 072.857.793-34); Débora Lopes de Araújo de Menezes (CPF 032.759.214-10); e Marcos Barboza da Silva (CPF 002.676.458-05)

III – Rejeitar parcialmente as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Edson Pereira de Sousa (CPF 548.799.063-87);

IV – Com fundamento nos art. 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas “b”; e 23, inciso III, alínea ‘a’, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas do Sr. Edson Pereira de Sousa (CPF 548.799.063-87) e aplicar, ao responsável, a multa prevista no art. 58, II da Lei 8.443/1992, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada desde a data do presente Acórdão até a do efetivo pagamento, caso quitada após o vencimento, na forma da legislação em vigor.

V - autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida caso não atendida a notificação;

VI – autorizar, desde já, caso requerido pelo responsável, o pagamento da dívida em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovar perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovar o recolhimento das demais parcelas, devendo incidir sobre cada

valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

VII – com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso I; 17; e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992, julgar regulares as contas dos demais responsáveis arrolados, dando-lhes quitação plena.

Secex/CE, em 11/9/2013.

*(Assinado eletronicamente)*

Flávia Ebe Araújo Moura Pinto

AUFC – Mat. 1077-4