

À

Presidente da Comissão Gestora de Licitação e Contratos

Ilma Sra. Marcia Aparecida Coelho Pinto

RECEBEMOS
Data: 11/02/2015
Hora: 16:37
[Assinatura]

ASSUNTO: Contrarrazões ao Recurso apresentado pela MYR PROJETOS ESTRATEGICOS E CONSULTORIA LTDA, no Ato Convocatório nº 07/2014, Contrato de Gestão IGAM nº 002/2012

INSTITUTO DE GESTÃO DE POLITICAS SOCIAIS – GESOIS, pessoa de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 07.571.815/0001-70, com sede a Avenida José Candido da Silveira, nº 447, bairro Cidade Nova, na Cidade de Belo Horizonte – MG, por meio de seus procuradores in fine assinado, vem, mui, respeitosamente, a presença de Vossa Senhoria apresentar sua **IMPUGNAÇÃO** ao **ATO CONVOCATORIO nº. 07/2014, Contrato de Gestão IGAM nº 002/2012**, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir aduzidos:

I - BREVE RESUMO DOS FATOS

○ **MYR PROJETOS ESTRATEGICOS E CONSULTORIA LTDA**, interpôs Recurso contra decisão dessa D. Comissão que inabilitou a mesma nos preceitos do artigo 9º da lei de licitações.

Conforme entendimento da comissão de licitação ora discutida, a empresa **MYR PROJETOS ESTRATEGICOS E CONSULTORIA LTDA**,

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238

[Assinatura]

participou da elaboração do projeto denominado “conhecendo o Rio Itabirito”.

II – DOS FATOS

A empresa **MYR PROJETOS ESTRATEGICOS E CONSULTORIA LTDA**, participou da elaboração do projeto denominado “conhecendo o Rio Itabirito”, ficando impedido de participar do certame em obediência clara ao artigo 9º da lei 8.666.

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

Ou seja, analisando o preceito legal o Recorrente, não poderá participar da licitação, pois colocaria em risco o equilíbrio jurídico das partes.

Com vasta jurisprudência e pareceres do TCU, foi acertada a decisão de inabilitar a empresa **MYR PROJETOS ESTRATEGICOS E CONSULTORIA LTDA**, tendo em vista que a mesma participou da elaboração do projeto denominado “conhecendo o Rio Itabirito”, verificando vedada sua participação no certame nos termos do artigo 9º da lei de licitações.

O legislador impôs uma ressalva no artigo 9º da lei 8.666/93, que o autor do projeto básico pode participar das demais licitações meramente como consultor ou técnico, desempenhando único serviço de fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

Contudo, o presente certame tem como objeto a **execução do projeto básico**, ficando vedada a participação da empresa **MYR PROJETOS ESTRATEGICOS E CONSULTORIA LTDA**.

Em caso análogo o TCU fez menção sobre a vedação de empresa que realizou o projeto básico, para a execução do projeto, inclusive impondo multa nos termos da lei 8.433/1992, se não vejamos:

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238



(...)Em Levantamento de Auditoria realizada nas obras de construção do novo terminal de passageiros, do sistema viário, de edificações e da ampliação do pátio de aeronaves do Aeroporto de Macapá-AP, no âmbito do Fiscobras 2006, foi identificada, dentre outras ocorrências, irregularidade consistente na subcontratação indevida do Contrato 061-EG/2004/0031, celebrado entre a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero e o Consórcio Gautama-Beter.

A ilicitude reside basicamente na anuência da Infraero à subcontratação irregular, pelo Consórcio Gautama-Beter, da empresa Planorcon Projetos Técnicos Ltda., para elaboração do projeto executivo das obras, tendo sido esta sociedade empresária responsável pela elaboração do projeto básico do empreendimento, a caracterizar participação indireta do autor do projeto básico na execução do objeto lícitado, em violação ao disposto no artigo 9º, inciso I, § 3º da Lei 8.666/1993.(...)

(...)Sobre a participação do autor do projeto básico nos desenvolvimentos subsequentes ao planejamento das obras e serviços públicos, assim dispõe o artigo 9º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 8.666/1993:

“Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III – (...).

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.”

(grifei)

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238



Inicialmente, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro orienta o julgador, na aplicação do Direito ao caso concreto, extrair o sentido da norma que lhe garanta os fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum. Com esse propósito, tratarei dos vários instrumentos interpretativos disponibilizados pela Hermenêutica Jurídica.

Em uma primeira exegese literal e lógica da norma, verifica-se que o artigo 9º da Lei 8.666/1993, combinado com os respectivos incisos I e II, e parágrafos 2º e 3º, não oferece a menor ordem de dificuldade ao expor, de forma clara e objetiva, **a vedação à participação direta ou indireta de autor de projeto básico, seja esta pessoa física ou pessoa jurídica, em licitação ou em execução de obra ou serviço e o fornecimento de bens a eles necessários.**

A conjunção alternativa “ou” contida na segunda parte do comando principal do referido enunciado legal, “Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação **ou** da execução de obra **ou** serviço e do fornecimento de bens a eles necessários”, conjugado com os incisos I e II, não deixa dúvidas de que o núcleo da norma proibitiva tem como campo de incidência quaisquer das seguintes hipóteses :

- a participação direta ou indireta do autor de projeto básico em licitação de obra ou serviço;
- a participação direta ou indireta do autor de projeto básico em execução de obra;
- a participação direta ou indireta do autor de projeto básico em execução de serviço;
- a participação direta ou indireta do autor de projeto básico em fornecimento de bens necessários à obra ou ao serviço.

Outro aspecto relevante decantado da apreensão direta do dispositivo legal é a orientação que dimana do caput do artigo 9º da Lei Federal de Licitações e Contratos encerrar uma ordem jurídica de caráter cogente e proibitivo de quaisquer condutas ou situações nele descritas. A consequência imediata dessa diretriz normativa é a subordinação lógica de todos os incisos e parágrafos que integram o mencionado dispositivo ao comando principal do artigo, de forma a não contrariar a regra principal, devendo quaisquer exceções ou ressalvas estarem expressas no texto legal.

Neste diapasão, o parágrafo primeiro do artigo 9º, combinado com os incisos I e II, da Lei 8.666/1993 desponha exceção à regra principal e imperativa da abstenção de prática de participação de autor em licitação de obra ou serviço, ou na execução, ao dispor in verbis:

“§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.”

O parágrafo segundo do mencionado dispositivo legal não apresenta propriamente uma exceção ao comando proibitivo do artigo 9º, conjugado com os

incisos I e II, mas uma faculdade concedida pela Lei à Administração de licitar e transferir ao contratado para execução de obra ou serviço o encargo de elaborar o projeto executivo:

“§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.”

Por razões de subordinação lógica e de técnica legislativa, tanto a exceção contemplada no § 1º como a faculdade prevista no § 2º do aludido preceito normativo não albergam outras hipóteses além daquelas expressamente ali consignadas, preservando, assim, como regra para os demais casos, o imperativo categórico que veda a participação direta ou indireta de autor de projeto básico, seja na licitação, seja na execução de obra ou serviço.

Dessa maneira, a apropriação direta e imediata dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 9º da Lei 8.666/1993 não permite extrair qualquer autorização expressa e excepcional do legislador ordinário para a subcontratação do autor de projeto básico, pela entidade contratada pela Administração Pública, para elaboração de projeto executivo. O diploma legal apenas autoriza a participação do autor do projeto básico, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada. Além disso, o texto normativo defere à Administração, tão somente a faculdade de licitar e contratar a execução de obra ou serviço para nele incluir a obrigação de a contratada elaborar o projeto executivo. Nada mais além dessas hipóteses.

Elastecer o sentido e o alcance de disposições que introduzem exceção ou ressalva a norma cogente de caráter imperativo-negativo, como é pretendida na situação em vértice, implica subverter primados fundamentais que orientam a Hermenêutica Jurídica. Neste ponto, são lúcidos os ensinamentos de Carlos Maximiliano (in Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 16 edição, p. 223):

“266 – Interpretação. As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil: toda restrição, prejudicial. Logo é o caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia”¹.

(grifei)

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238



¹ (nota de rodapé acrescida pelo autor da obra de Vander Ericken – *Méthode Positive de l'Interprétation Juridique*, 1907, p. 314-315; Bernardino Carneiro, op. cit. § 53).

Consoante exposto neste voto, **não é possível**, a partir de um primeiro esforço exegetico baseado em interpretação literal e lógico-gramatical da norma, extrair cognição imediata da existência de possibilidade jurídica de participação direta ou indireta do autor de projeto básico **na execução de obra ou serviço, consistente na elaboração de projeto executivo via subcontratação pelo obrigado principal**, tal qual defendido pelos recorrentes.

Neste passo, cai por terra a alegação dos defendentes de a vedação estampada no artigo 9º, caput, c/c os incisos I e II, da Lei 8.666/1993 ser aplicável, somente, à participação direta ou indireta do autor do projeto básico procedimento licitatório destinado à execução de obra ou serviço. Como visto, o caput do artigo 9º e respectivos incisos I e II referem-se não só ao impedimento do autor de projeto básico em acorrer a certame licitatório objetivando a edificação de obra ou prestação de serviço, **como também, à própria execução de obra ou serviço**.

Assim, são irrelevantes os argumentos trazidos pela defesa quanto à inexistência de vínculo pretérito à realização da Concorrência Pública 013/DAAG/SBMQ/2003 entre a empresa Planorcon Projetos Técnicos Ltda e o Consórcio Gautama-Beter, bem como o fato de a autorização dada pela INFRAERO ao pedido da construtora de subcontratação da autora do projeto básico somente ter ocorrido após o término do procedimento licitatório. No caso em análise, a violação ao impedimento legal ocorreu com a participação indireta da autora do projeto básico, empresa Planorcon Projetos Técnicos Ltda, na execução de obra ou serviço sob encargo do consórcio construtor Gautama-Beter, via subcontratação.

Outra consideração importante diz respeito aos próprios conceitos de obra ou de serviço sobre os quais incidem a proibição legal de participação indireta de autor do projeto básico. Segundo os insurgentes, a subcontratação, pela sociedade construtora, de autor de projeto básico para confecção de projeto executivo jamais se amoldaria ao conceito de obra, esta entendida como edificação física das construções. Em interpretação autêntica, a própria Lei 8.666/1993 cuidou, em seu artigo 6º, incisos I e II, de estabelecer os conceitos:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou **trabalhos técnico-profissionais**;

(...)

X - Projeto Executivo - o conjunto dos **elementos necessários e suficientes à execução completa da obra**, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238

(grifei)

Como subsídio, a norma NBR 13531 – 95 da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT (Elaboração de projetos de edificações) define o projeto para execução ou executivo como:

*“Projeto para execução – Etapa destinada à concepção e à representação final das informações técnicas da edificação e de seus elementos, instalações e componentes, completas, definitivas, **necessárias e suficientes** à licitação (contratação) e à **execução dos serviços de obra correspondentes.**” (g. m.)*

Ao nos atermos rigorosamente à terminologia contida na definição legal de “Obra”, a elaboração de projeto executivo não estaria inserida no conteúdo das atividades abrangidas pelo aludido conceito. Todavia, esta dedução destoa flagrantemente da realidade e não seria razoavelmente admitida como critério de interpretação segura da norma. Isso porque o detalhamento do projeto básico ou projeto executivo, ex vi legis, caracteriza-se por ser etapa necessária, sine qua non e logicamente antecedente à execução física de empreendimento. Como tal, a compreensão mais coerente com a realidade dos fatos e com a unidade sistemática do Diploma Legal de Licitações e Contratos é aquela que não desvincula a elaboração de projeto executivo da execução de obra, como se depreende da própria descrição normativa que define aquele concendo como sendo **“conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra”**.

Mesmo admitida a hipótese da inexistência de vinculação umbilical entre a execução de obra e o seu antecedente casual exigido por norma (projeto executivo), ainda assim, a explicitação do termo “serviço” é capaz, por si só, de albergar essa atividade dentro da extensão normativa “trabalhos técnico-profissionais”, a qual se harmoniza perfeitamente com a natureza e a competência exigidas para realização daquele desiderato.

Logo, considerando que a proibição inserta no caput do artigo 9º de participação direta ou indireta de autor de projeto básico também alcança não só a licitação, como também a execução de obra ou serviço, a elaboração de projeto executivo no contexto de subcontratação pela construtora contratada também é defesa pela Lei.

Não bastasse a suficiência da exegese literal e lógica para demonstrar a clareza do texto normativo em questão, uma compreensão teleológica e sistemática das vedações insertas no artigo 9º da Lei 8.666/1993 também afasta, com muito mais veemência, a tese brandida pela defesa da legalidade da subcontratação, pela empresa executora da obra, do autor do projeto básico para elaboração de projeto executivo.

Sobre os princípios que informam a aludida regra de Direito Administrativo, assim preleciona Marçal Justen Filho em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (Dialética: São Paulo; 13ª edição, 2009; pp. 154/155):

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Cândido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238

“As vedações do art. 9º retratam derivação dos princípios da moralidade pública e isonomia. A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do Direito Processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distorções incompatíveis com a isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar anormalidade da conduta do agente, a lei determina seu afastamento a priori. O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia. O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis para si ou terceiro”. (g.m.)

Mais adiante, o ilustre doutrinador tece o seguinte comentário a respeito do impedimento do autor do projeto (opus cit. p. 155):

“A Lei alude ao autor (pessoa física ou jurídica) do projeto (básico ou executivo), que ficará impedido de participar da licitação ou da execução da obra ou do serviço. O projeto delinea os contornos da obra ou do serviço, que serão licitados posteriormente. Logo, o autor do projeto teria condições de visualizar, de antemão, os possíveis concorrentes. Poderia ser tentado a excluir ou dificultar o livre acesso de potenciais interessados. Isso se faria através de configuração de projeto que impusesse características apenas executáveis por uma específica pessoa. Ou, quando menos, poderiam ser estabelecidas certas condições que beneficiassem o autor do projeto (ainda que não excluíssem de modo absoluto terceiros).” (g.m.)

Embora o eminente jurista tenha enfatizado na norma proibitiva o afastamento preventivo de situações ou condutas tendentes a frustrar os princípios regentes do procedimento licitatório, os mesmos fundamentos axiológicos também presidem etapas posteriores à realização do certame, ou seja, o desenvolvimento da execução da obra e do serviço a eles associados. Consoante explicitado neste voto, o enunciado legal proibitório é extreme de dúvidas ao vedar comportamentos indesejados não só na etapa de confronto licitatório, como também na execução de obra ou serviço.

Ínsitos ao regime de Licitação e Contratação Públicas, os princípios reitores da Lei 8.666/1992, tais como a isonomia, a moralidade administrativa e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se esgotam com a realização do confronto licitatório, mas perduram ao longo da execução da avença,



podendo, ainda, serem frustrados por mecanismos espúrios tendentes a alterar, em desfavor do Erário, as condições inicialmente avençadas para a execução da obra ou serviço e, conseqüentemente, a equação econômico-financeira do acordo jurídico estabelecido no confronto licitatório.

Em referência específica sobre o tema, Renato Geraldo Mendes colaciona o seguinte comentário (in *Lei de Licitações e Contratos – Anotada – Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93. Paraná: Zênite; 9ª Edição, 2013; p. 182*):

Contratação pública – Contrato – Impedimentos – Quem não pode executar

“De superficial análise do disposto no art. 9º, verifica-se que os impedimentos nele insculpidos referem-se tanto à participação na licitação como à execução do contrato. Em se tratando de licitações, essa assertiva funda-se na presunção de que tanto nas aludidas situações poderá infringência aos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, de modo que a restrição apresenta-se como pressuposto da lisura do certame (...). E, por óbvio, pelas mesmas razões, as vedações também são aplicáveis à contratação.”

Ver Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite. n. 79, p. 790, set. 2000, seção Perguntas e Respostas.

(grifei)

Com efeito, admitir que a empresa responsável pela execução da obra possa subcontratar autor de projeto básico para confecção de projeto executivo, por si só, contempla o grave risco de transferência de informações privilegiadas da projetista à entidade construtora, permitindo a essa sociedade auferir vantagens indevidas oriundas, muitas vezes, de imprecisões ou omissões no projeto básico do empreendimento. Essa potencialidade de fatores adversos também se verifica na fase de execução da avença, o que termina por comprometer os fundamentos da Licitação e da Contratação Públicas, assim como a higidez de todo o procedimento de realização da despesa desde a realização do certame licitatório até a execução do contrato. Certamente, esse quadro viola frontalmente a literalidade e a mens legis contidas no artigo 9º, caput, incisos I e II, § 3º, da Lei 8.666/1993.

Convém salientar que a configuração de vilipêndio à vedação inscrita no referido dispositivo legal não está vinculada a eventual fruição de vantagem ilícita, seja pelo autor do projeto básico, seja pela empresa contratada pela Administração para a realização de obra ou serviço. O caráter eminentemente formal do ilícito defeso pelo aludido comando normativo exige, apenas, a comportamento indesejado, considerado potencialmente deletério ao interesse público e independe do exaurimento ou não dos seus efeitos, à semelhança dos crimes de natureza formal do Código Penal Brasileiro.

A situação retratada nestes autos evidencia, de forma inequívoca e patente, a participação indireta da empresa Planorcon Projetos Técnicos Ltda na execução de serviço sob encargo ou responsabilidade do Consórcio Gautama-Beter – elaboração de projeto executivo, a subsumir à hipótese profligada no artigo 9º, caput, incisos I e II, §

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238

3º, da Lei 8.666/1993. Ou seja, havendo o Consórcio Gautama-Beter assumido, perante a Infraero, o compromisso contratual de não só executar a obra de construção e ampliação do Aeroporto de Macapá, como também de elaborar o projeto executivo que a precede, o construtor transferiu a execução desse último encargo à empresa autora do projeto básico. Configura-se, portanto, vínculo de natureza técnica, comercial, econômica e financeira entre a autora do projeto básico e o Consórcio Gautama-Beter pela via da subcontratação de serviço de elaboração do projeto executivo, cuja responsabilidade principal, perante a Administração Pública contratante, permanece com a entidade construtora.

Outra linha de argumento apresentada pela defesa refere-se ao fato de a capacidade técnica e o conhecimento granjeados pela empresa Planorcon Ltda na elaboração do projeto básico das obras de construção e ampliação do Aeroporto de Macapá credenciarem-na como melhor prestadora para o serviço de confecção do projeto executivo. No entender dos recorrentes, isso se deve ao maior conhecimento detido pelo autor do projeto básico sobre o planejamento inicial da obra a propiciar maior acerto e precisão do projeto de detalhamento e ganho de eficiência para a Administração com a redução de prazos e de riscos oriundos de eventuais necessidades de retrabalhos por omissões e erros que poderiam ser cometido por terceiros. A questão é relevante e merece algumas considerações.

Em princípio, é cediço o entendimento deste Tribunal quanto à inexistência de direito subjetivo do autor de projeto básico em ser contratado pela Administração para supervisionar, realizar o acompanhamento da execução de obra ou prestar consultoria técnica. Nesse sentido, assim prescreve a o Enunciado 185 da Súmula de Jurisprudência do TCU:

“A Lei nº 5.194, de 24/12/66, e, em especial, o seu art. 22, não atribuem ao autor do projeto o direito subjetivo de ser contratado para os serviços de supervisão da obra respectiva, nem dispensam a licitação para a adjudicação de tais serviços, sendo admissível, sempre que haja recursos suficientes, que se proceda aos trabalhos de supervisão, diretamente ou por delegação a outro órgão público, ou, ainda, fora dessa hipótese, que se inclua, a juízo da Administração e no seu interesse, no objeto das licitações a serem processadas para a elaboração de projetos de obras e serviços de engenharia, com expressa previsão no ato convocatório, a prestação de serviços de supervisão o acompanhamento da execução, mediante remuneração adicional, aceita como compatível com o porte e a utilidade dos serviços.”

De igual forma, o projeto básico contratualmente adquirido pelo Estado, não assegura ao seu autor, por si só, o direito subjetivo de celebrar negócio jurídico com a Administração a fim de elaborar projeto executivo. A eventual alegação da preservação dos direitos autorais do mentor da obra intelectual adquirida pelo Estado

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238

não serve como fundamento para assegurar a sua contratação direta, muito menos afastar a obrigação de a Administração Pública realizar licitação para contratação dos serviços de elaboração de projeto executivo com qualquer interessado que logre vencer o certame licitatório. Nesse aspecto, o artigo 111 da Lei 8.666/1993 estabelece que a contratação e o pagamento de obra intelectual, nela inclusa o projeto básico, somente poderão ser realizados com a cessão dos direitos patrimoniais, informações e documentos a ele vinculados:

“Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.”

Além dessas objeções, também a Lei 8.666/1993 não prevê, fora das exceções expressas no artigo 9º do diploma legal, hipótese de contratação direta do autor de projeto básico para elaboração executivo. Ao analisar o tema, Marçal Justen Filho enfatizou a regra legal que proíbe a dispensa e inexigibilidade de licitação para as situações vedadas pela referida norma. Contudo, vislumbrou única possibilidade para contratação direta (opus cit; p. 155), a qual, em todo caso, não se aplica à situação vertente:

“Uma questão interessante relaciona-se com as hipóteses de contratação direta. O impedimento do art. 9º aplicar-se-ia nos casos de dispensa e de inexigibilidade? A questão não comporta uma resposta única e uniforme.

O art. 9º estabelece vedação orientada a excluir a possibilidade de que o exercício por um sujeito de uma certa faculdade, que se relaciona à modelagem da futura contratação, conduza ao surgimento de benefícios e vantagens indevidos, frustrantes do cunho competitivo da licitação. Ora, admitir que o sujeito modele o contrato e, desse modo, produza a não-aplicação da licitação seria muito mais ofensivo aos princípios jurídicos que o art. 9º busca proteger. Portanto e como regra, o impedimento previsto no art. 9º aplica-se também aos casos de contratação direta.

Mas há de se estabelecer uma ressalva. É possível que a causa jurídica da dispensa ou inexigibilidade exista antes ou independentemente da elaboração do projeto. Nesse caso, não incide o impedimento. Um exemplo permite compreender o raciocínio. Suponha-se que uma certa tecnologia seja a titularidade privativa de uma determinada empresa. A Administração realizará a contratação direta com fundamento no art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666. Se a Administração contratar o único empresário em

condições de executar a obra para elaborar os projetos básico e executivo, é evidente que o impedimento examinado não se aplicará."

Se, ainda assim, houvesse interesse da Infraero em contratar autor do projeto básico para também elaborar o projeto executivo, nada impediria que aquela empresa pública federal tivesse realizado única licitação para contratação de ambos os serviços, justificando, assim, aproveitamento das informações e conhecimentos obtidos durante a etapa do planejamento inicial da obra, com ganho de eficiência pela Administração e maior fidedignidade e precisão dos detalhamentos necessários à execução do empreendimento. O que não se concebe, isto sim, é a Administração permitir a subcontratação, pela entidade construtora, de autor de projeto básico com fim de elaborar projeto executivo, o que contraria flagrantemente a proibição inscrita no artigo 9º, caput, incisos I e II, § 3º, da Lei 8.666/1993. Essa hipótese, certamente, não submeteria ao interesse exclusivo da Administração a elaboração de projeto executivo.

IV

Estabelecidos os exatos contornos jurídicos da matéria, passo à análise de eventual dissenso jurisprudencial suscitado pelos apelantes.

Acerca do assunto, não existe controvérsia jurisprudencial estabelecida nos julgados desta Corte de Contas, tampouco precedente do Poder Judiciário que abone a legalidade da subcontratação, por entidade contratada pela Administração Pública para realização da obra ou serviço, de autor de projeto básico para a elaboração de projeto executivo.

Ao contrário do que apregoam os recorrentes e do entendimento agasalhado pela Secretaria de Recursos, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é uniforme e pacífica em exigir dos administradores públicos a observância da vedação estampada no artigo 9º, caput, incisos I e II, e § 3º, da Lei 8.666/1993, sem dela extrair exceções não contempladas expressamente na norma legal.

Nesta trilha, são exemplos os acórdãos a seguir transcritos, aos quais acrescento os devidos destaques:

Decisão 603/1997-TCU-Plenário (Relator Min. Humberto Guimarães Souto)

"O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1 - conhecer do expediente remetido pela SERVMASTER – Serviços Especializados Ltda como representação, nos termos do § 1º, do art. 113, da Lei nº 8.666/93, para, no mérito, considerá-la procedente;



Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238

2 - determinar a Justiça Federal de Primeira Instância no Estado do Pará que **observe fielmente as prescrições contidas no art. 9º da Lei nº 8.666/93, de forma a somente vedar a participação, direta ou indireta, nas licitações e na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens a eles necessários, das pessoas arroladas nos incisos I, II e III do referido dispositivo;**

Decisão 262/1998-TCU-Plenário (Relator: Ministro Carlos Átila)

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 194, II, do Regimento Interno, DECIDE:

(...)

2. determinar ao Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região que, ao promover licitações e contratações, observe a Lei nº 8.666/93, em especial o que dispõe sobre:

(...)

e) **a vedação de contratar o autor do projeto básico ou executivo, pessoa física ou jurídica, para execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários (art. 9º, I);**

Acórdão 427/2002-TCU-Plenário (Relator: Min. Subst. Augusto Sherman Cavalcanti)

“Acórdão :

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de Representação de iniciativa de equipe de auditoria da 6ª Secex acerca da contratação, mediante a dispensa de licitação nº 121/2001, realizada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, da empresa Cesar - Centro de Estudos e Sistemas Avançados do Recife - para a prestação de "serviços de consultoria técnica em pesquisa e desenvolvimento de sistema integrado de gestão do fomento da ciência e tecnologia" (Sistema Lattes Fomento), no valor de R\$6.627.200,00, com fundamento no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

8.1. conhecer da presente Representação, por preencher os requisitos de admissibilidade dos artigos 68 e 69, inciso VI, da Resolução TCU nº 136/2000, c/c o art. 213 do Regimento Interno do Tribunal, para, no mérito, considerá-la procedente; (Vide Acórdão 1659/2004 Plenário - Ata 40. Representação da 6ª SECEX considerada parcialmente procedente).

(...)

*8.6. **determinar** ao CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico que:*

(...)

d) observe, ainda, o estabelecido no art. 9º da Lei nº 8.666/93, especialmente a vedação de participação, direta ou indireta, do autor do projeto básico ou executivo, pessoa física ou jurídica, na licitação ou na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens a eles necessários;”

Acórdão 463/2001- TCU-2ª Câmara (Rel. Min. Ubiratan Aguiar)

Sumário:

*Relatório de auditoria. Verificada subcontratação indevida; falta de acompanhamento dos dados utilizados para pagamento do contratado; inobservância de dispositivos legais da lei de licitações. Audiência. Acolhimento parcial. **Inobservância do art. 9º da Lei nº 8.666/93. Aplicação de multa.** Autorização para cobrança judicial da dívida. Determinações. Ciência ao Ministério do Meio Ambiente.*

Voto :

*“Dentre as falhas apontadas pela Secex/RN, no tocante às obras da Adutora de Trairi, **destaco** a incompatibilidade de dados entre os boletins de medição e as notas fiscais examinadas; **a subcontratação, pelo consórcio vencedor da licitação, da empresa autora do projeto básico para executar o projeto executivo** e o gerenciamento da obra, **com infração ao art. 9º da Lei nº 8.666/93**; e a falta de acompanhamento, por parte da SERHID, dos dados que serviram de base para pagamento do consórcio contratado.*

(...)

4. Quanto à irregularidade apontada, observo que as vedações do art. 9º derivam dos princípios da moralidade pública e da isonomia, pois objetivam afastar do certame pessoas físicas ou jurídicas que detenham informações privilegiadas. É evidente que o autor do projeto básico dispõe de conhecimentos concernentes a detalhes de estrutura e de custos da obra que lhe permite participar do certame com vantagem relativamente aos demais concorrentes.

5. O fato de o Consórcio Gutierrez/Enarq ter subcontratado a empresa autora do projeto básico para executar o projeto executivo e o gerenciamento da obra configura, na verdade, participação indireta da autora do projeto básico na licitação, com ofensa ao art. 9º da Lei nº 8.666/93.

6. Ressalto que o vínculo entre o Consórcio e a empresa TECHNE é incontestável, uma vez que essa é subcontratada do primeiro, havendo vínculo de subordinação, comercial, técnico e econômico, não havendo como se acolher as justificativas apresentadas."

Acórdão 2.006/2006- TCU-Plenário (Relator Min. Benjamin Zymler)

"Sumário:

CONVERSÃO DE RELATÓRIO DE AUDITORIA EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, POR MEIO DA DECISÃO Nº 879/2001 - PLENÁRIO, COM O INTUITO DE APURAR PREJUÍZOS VERIFICADOS EM PAGAMENTOS REALIZADOS, ATÉ A 30ª MEDIÇÃO, DE SERVIÇOS DA OBRA DE REFORMA E AMPLIAÇÃO DO AEROPORTO DE SALVADOR. CONSTITUIÇÃO DE PROCESSO APARTADO PARA APURAR EVENTUAIS PREJUÍZOS RESULTANTES DE PAGAMENTOS REFERENTES ÀS DEMAIS MEDIÇÕES E PARA VERIFICAR O CUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÕES CONTIDAS NA MENCIONADA DELIBERAÇÃO. APENSAMENTO DO ÚLTIMO DESSES FEITOS AO PRESENTE PROCESSO. EXAME DE ALEGAÇÕES DE DEFESA E DE RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS PELOS RESPONSÁVEIS. APURAÇÃO DE PREJUÍZOS CAUSADOS À INFRA-ESTRUTURA. UTILIZAÇÃO DE GARANTIAS ANTERIORMENTE CONSTITUÍDAS, PARA FAZER FRENTE A ESSES PREJUÍZOS. IMPOSIÇÃO DE

**MULTAS A EX-GESTORES DA INFRAERO.
DETERMINAÇÕES. MONITORAMENTO**

Voto

(...)

XXIV - Subcontratação de Autoras do Projeto Básico

“Houve, também, conforme mencionado no Relatório supra, realização de audiência dos Srs. Eduardo Bogalho Pettengill e Fernando Perrone, em razão de subcontratação das empresas que participaram da elaboração do Projeto Básico, para refazimento e complementação dos projetos executivos. Tal subcontratação, observe, era conhecida pela Infraero. Configurou-se, pois, violação ao comando contido no inciso I do art. 9º da Lei nº 8.666/1993, que veda a participação direta ou indireta na realização da obra do autor de projeto básico ou executivo.”

Acórdão 2.079/2013- TCU-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro)

“Sumário:

REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA PARA A CONSTRUÇÃO DE DOIS AÇUDES COM RECURSOS FEDERAIS. PARTICIPAÇÃO INDIRETA DO AUTOR DOS PROJETOS NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS. INCLUSÃO DE CONDIÇÕES RESTRITIVAS DE COMPETITIVIDADE. AUDIÊNCIA. OITIVA. REJEIÇÃO DAS JUSTIFICATIVAS. MULTA AO EX-PREFEITO. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE EMPRESA PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL.”

Voto

(...)

“6. Com relação à primeira irregularidade, acompanho o último posicionamento externado pelo Ministério Público junto ao TCU. A meu ver, a relação de parentesco entre autor do

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238



projeto de um dos açudes licitados na Concorrência nº 1/2007, Francisco Harley Braga Fernandes, e seu pai, Horley Fernandes, sócio da Construtora Pau D'Arco, caracterizam a participação indireta do autor do projeto na licitação, vedada pelo art. 9º, § 3º, da Lei de Licitações. A própria retirada de Horley Fernandes da sociedade poucos meses antes da abertura da Concorrência nº 1/2007, longe de constituir prova de sua inocência, pode ter sido engendrada exatamente para escapar à vedação legal e atribuir contornos de regularidade à contratação."

As deliberações apontadas pelos apelantes e consideradas pela Secretaria de Recursos como antecedentes favoráveis à subcontratação impugnada não se prestam defender a regularidade do procedimento adotado pela Infraero. Senão vejamos.

O voto condutor do Acórdão 940/2010 – TCU – Plenário, da lavra do Eminentíssimo Ministro Benjamin Zymler, em momento algum, sustentou a hipótese da legalidade da subcontratação, por empresa contratada pela Administração para execução de obra, de autor de projeto básico para elaboração de projeto executivo. A questão precisa ser esclarecida no exato contexto específico dos fatos ali apreciados.

Naquele feito, cuidou-se de pedido de reexame interposto por gestor público estadual contra deliberação deste Tribunal que rejeitou as razões de justificativa do recorrente e lhe aplicou sanção pecuniária em decorrência, dentre outros motivos, de habilitação da empresa Núcleo Engenharia Ltda. em processo licitatório e posterior contratação para elaboração de projeto executivo das obras da Adutora do Sudeste Piauiense, sendo que a referida sociedade empresária manteve vínculo contratual com a Construtora Jurema Ltda. para reformulação do projeto básico da obra. Ipso facto, o responsável, de acordo com a decisão vergastada, havia sido considerado incurso na violação da regra proibitiva do artigo 9º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

Ao analisar a peça recursal, o Relator, com a competência e o zelo que lhe são peculiares, houve por bem assentar, como princípio, a regra da vedação inscrita no referido dispositivo legal, a qual impede a participação de autor de projeto em licitação de obra pelas razões sobranceiras de interesse público ali declinadas. Salientou, por outro lado, não haver óbice legal a que o autor do projeto básico ou a própria

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238



empresa contratada para execução da obra possa participar de licitação para elaboração de projeto executivo. Nesta toada, observou que, se não existe impedimento legal para a empresa construtora ser também contratada para a confecção de projeto executivo, também não haveria proibição para empresa vinculada à executora da obra realizar o mesmo objeto.

Por essas razões, no entender de Sua Excelência, não subsistiria como causa de apenação do gestor público o simples fato descrito na imputação inicial de ter havido a contratação indevida de empresa vinculada à construtora para elaboração de projeto executivo pois, como visto, essa hipótese não é vedada pelo referido preceito normativo.

Contudo, com muita propriedade observou o Relator que, no caso concreto, restaria configurada a violação da regra proibitiva estampada no artigo 9º, inciso I, da Lei 8.666/1993 se, associado à contratação de empresa vinculada à construtora para elaboração de projeto executivo, também fosse considerado o fato de aquela empresa ter sido anteriormente contratada pela executora da obra para a alteração do projeto básico. Somente com esse liame causal, poderia ser mantida a sanção cominada ao responsável por infração à regra legal.

Ocorre que, como bem asseverou S. Excelência, a reformulação do projeto básico pela empresa Núcleo Engenharia Ltda. não foi considerada como motivo de convocação do responsável para apresentação de defesa, tampouco de aplicação de penalidade ao recorrente, pois tal circunstância de fato foi verificada antes da celebração do convênio. De acordo com o voto que fundamentou a deliberação recorrida, reproduzida pelo Relator, esta Corte de Contas declarou não estar sujeito à jurisdição do TCU fato ocorrido antes da assinatura do instrumento do ajuste, a partir do qual houve a transferência de recursos federais.

Somente por esse motivo excepcional, foi dado provimento parcial ao recurso. Todavia, nunca é demais frisar, nem o Relator nem o Tribunal abonaram a tese da legalidade de subcontratação, pela empresa construtora, de autor de projeto básico para elaboração de projeto executivo, visto que expressamente vedado pelo artigo 9º, inciso I, da Lei 8.666/1993. Logo, o Acórdão 940/2010-TCU-Plenário não serve como paradigma a sustentar a posição dos defendentes nos presentes autos.

Eis o teor do voto que fundamentou a deliberação mencionada:

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238

Acórdão 940/2010 – TCU – Plenário

Voto

(...)

"O Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos, ex-Secretário de Infraestrutura do Estado do Piauí, por sua vez, insurge-se contra a pena de multa a ele aplicada, a qual foi fundamentada em razão das seguintes ocorrências:

(...)

c) habilitação da empresa Núcleo Engenharia Ltda. na Tomada de Preços 3/2004 e sua posterior contratação para elaboração do projeto executivo das obras da Adutora do Sudeste Piauiense, sendo que essa empresa manteve vínculo contratual com a Construtora Jurema Ltda. para reformulação do projeto básico da obra.

(...)

Já quanto à última falha, observo que teria consistido em contratação de empresa para elaboração do projeto executivo, sendo que essa empresa já havia sido anteriormente contratada pela executora da obra para a alteração do projeto básico.

Não é demais lembrar que a vedação constante no inciso I do art. 9º da Lei 8.666/93, o qual estabelece que o autor do projeto executivo não pode participar de licitação da obra, tem por objetivo evitar que os autores do projeto concorram com os demais licitantes em posição privilegiada ante a possibilidade de deterem informações não disponíveis para os demais. Não há também nessa lei vedação para que o autor do projeto básico ou a empresa contratada possa participar de licitação para a elaboração de projeto executivo.

Veja-se que o § 2º do art. 9º da Lei 8.666/93 permite inclusive que a licitação para execução da obra inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado. Em sendo assim, se não há, em princípio, vedação para que a empresa executora do objeto elabore o projeto executivo, também não haverá para que outra empresa vinculada à executora o faça.

Destaco que a conduta ilícita aqui tratada refere-se à reformulação do projeto básico, ao menos indiretamente, pela própria empresa executora da obra. Essa falha, contudo não serviu de supedâneo para a aplicação de penalidade ao recorrente, consoante se depreende do seguinte trecho do voto condutor do acórdão impugnado:

"13 Por fim, quanto a este ponto, observo que, apesar de a irregularidade - execução do projeto básico pela própria empresa executora da obra - ser fundamento para a determinação de anulação do contrato em questão, a autorização para a Construtora Jurema Ltda. efetuar a reformulação do projeto ocorreu antes da formalização do Convênio 158/2003, pois em setembro daquele ano o novo projeto básico já se encontrava concluído (anexo3). Assim, pelas razões alhures expedidas neste voto, não incide a jurisdição do TCU sobre o ato da autorização, acerca do qual o responsável foi ouvido. Aproveito para frisar que não houve, de acordo com os elementos presentes nos autos, pagamento desse serviço por meio do Contrato AJ 27/99. Diante disso, referida autorização não pode servir de fundamento para a imputação de multa ao Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos, Secretário da Seinfra/PI." (grifei)

Em suma, a falha imputada ao gestor, referente à indevida contratação do projeto executivo de empresa vinculada à construtora, não subsiste de forma independente, pois é um reflexo da indevida execução do projeto básico pela subcontratada da construtora. Assim, como essa última falha não foi imputada ao gestor entendendo que seus reflexos também não o devem.

Isto posto, cabe dar provimento parcial ao recurso e reduzir o valor da pena de multa aplicada." (grifei)

Por sua vez, o Acórdão 3.136/2011-TCU-Plenário não pode ser considerado precedente favorável à pretensão da defesa, porquanto não desempenhou papel na formação do julgado, tampouco serviu como supedâneo para reputar elidido ou impugnado ato imputável ao responsável. Colhe-se do voto proferido pelo Eminentíssimo Relator, Ministro Augusto Nardes, manifestação obiter dictum totalmente irrelevante para o deslinde da matéria. Naquela oportunidade, o Relator expressou opinião favorável à viabilidade da subcontratação, pela empresa construtora vencedora de

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238



licitação, de autor de projeto básico para a confecção de projeto executivo. No entanto, muito provavelmente pelo fato de a opinião do Relator não ter sido considerada a ratio decidendi do aludido aresto e considerando a sólida jurisprudência do TCU em sentido contrário, não houve por parte dos nobres pares a emissão de quaisquer ressalvas mediante declaração de voto ou de voto revisor.

Por dever de lealdade processual, reproduzo a opinião expressa pelo Relator naquele feito:

Acórdão 3.136/2011-TCU-Plenário

Voto

(...)

"18. Quanto a este último ponto, destaco, de plano, que os responsáveis não foram ouvidos a respeito, impedindo que a possível infração ao art. 9º, inciso II, da Lei 8.666/1993 possa interferir na convicção ou figurar entre os motivos de uma eventual condenação. Ademais, a questão é deveras complexa, pois não se vê na Lei 8.666/1993 a intenção de impedir que o projetista básico não possa ser subcontratado pela construtora vencedora da licitação, frustrando a conveniência técnica de entregar ao iniciador do projeto a tarefa de complementá-lo nos seus detalhes construtivos, pois que o projeto executivo nada mais faz que acrescentar ao projeto básico as informações técnicas necessárias à pura execução física da obra.

19. Tanto é que não existe jurisprudência firme desta Corte vedando a subcontratação do autor do projeto básico, pessoa jurídica ou física, pela construtora que venceu a licitação, quando não haja vedação no edital. Os precedentes invocados pela equipe de auditoria (Acórdãos 2.063/2006-Plenário e 777/2006-Plenário) são apenas de chamamento dos responsáveis para apresentação de razões de justificativa.

20. Como arremate, e apenas para espantar eventuais dúvidas que possam surgir a respeito das ligações entre a EIT e a consultora LR, que elaborou o projeto básico, parece-me claro que o vínculo a que se refere o art. 9º, § 3º, da Lei 8.666/1993 ("considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista ..."), que vedaria a participação do autor do projeto básico na licitação para a execução das obras, deve preexistir à própria licitação. O vínculo que se formou após a licitação, com a subcontratação da LR, não caracteriza, só por isso, a participação indireta desta última empresa na licitação das obras, como defende a digna Secex/RN. "

Com todas as vênias ao entendimento de Sua Excelência, suscitado em meio à ausência de um debate mais profícuo sobre a questão, oportunidade em que poderiam ter sido esclarecidas todas as nuances e implicações da tese perfilhada pelo Relator, não posso comungar da referida argumentação. Consoante demonstrei exaustivamente neste voto, não

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238

bastasse a clareza meridiana das vedações inscritas no artigo 9º, caput, incisos I e II, § 3º, combinadas com a exceção expressa no § 2º, todos da Lei 8.666/1993, não há espaço hermenêutico que avalize a possibilidade jurídica aventada pelo Eminent Relator. Além disso, existe sim, sólida e vetusta jurisprudência desta Corte de Contas que veda a participação indireta de autor de projeto básico na execução de obra ou serviço, na qual se insere a respectiva subcontratação, pela empresa vencedora de licitação, para realização de projeto executivo.

No âmbito do Poder Judiciário, também não socorre à defesa a alegação da existência de precedente do Superior Tribunal de Justiça que autorize o comportamento claramente repugnado pelo Diploma Legal de Licitações e Contratos. A decisão proferida pelo STJ, nos autos do Recurso Especial REsp 1298297/SP (Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. DJe 24/08/2012), não se enquadra exatamente na hipótese de subcontratação, pela empresa construtora vencedora de licitação, de autor de projeto básico para elaboração de projeto executivo. É o que se extrai da Ementa e do excerto do fundamento condutor do acórdão referenciado. Os destaques acrescidos aos grifos originais são meus:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. EDIFÍCIO ANEXO DO TJSP. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC INEXISTENTE. ARTIGO 9º, I, DA LEI 8.666/93. RESPONSÁVEIS PELO PROJETO BÁSICO. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME RELATIVO AO PROJETO EXECUTIVO. 1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando o Tribunal de origem, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos da recorrente, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não acolhendo a tese da recorrente. 2. Nos termos do artigo 9º, I, da Lei n.º 8.666/93, é expressamente vedada a participação do autor do projeto básico ou executivo na licitação para a contratação da obra, serviço ou fornecimento deles decorrentes. Contudo, inexistente qualquer proibição no sentido de que o autor do projeto básico participe da licitação para a elaboração do projeto executivo e para a assessoria técnica de projeto durante a construção da obra, como é o caso dos autos. 3. Tratando-se de norma de vedação, há de ser aplicada restritivamente, não sendo possível utilização de critérios interpretativos mais abrangentes, sob pena de contrariar os princípios da hermenêutica jurídica. 4. Recurso especial provido, para reconhecer a possibilidade da empresa Botti Rubin Arquitetos Associados Ltda. participar do certame.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Os autos versam, originalmente, sobre mandado de segurança impetrado por JHC Gerenciamento, Projetos e Obras Ltda. contra ato do Diretor Presidente da Companhia Paulista de Obras e Serviços, visando o afastamento da empresa Botti Rubin Arquitetos Associados Ltda. da Concorrência 02/07, cujo objeto é a contratação de empresa para a elaboração de projeto executivo completo e de assessoria técnica de projeto durante a construção referente ao edifício anexo à sede do TJSP, bem como, subsidiariamente, a anulação da licitação.

A impetração foi embasada nos argumentos de que a impetrante foi indevidamente inabilitada no certame, eis que comprovado o preenchimento das condições do edital, bem como que as empresas Botti

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - Loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238

Ruben e Globo Engenharia foram as únicas habilitadas, sendo que a primeira delas não poderia participar do certame porque foi responsável pelo projeto básico, devendo, portanto, ser inabilitada.

Na sentença, o juiz de primeiro grau concedeu a segurança, declarando a inabilitação da co-ré Botti Rubin no certame e a anulação do mesmo, já que houve desistência da única outra empresa habilitada (Globo Engenharia).

Por sua vez o TJSP entendeu por bem manter tal entendimento, negando provimento às apelações interpostas, em acórdão cuja ementa consta transcrita no relatório deste voto.

Feitas tais considerações, passo a analisar a insurgência recursal.

(...)

No mais, cinge-se a controvérsia à indagação se, de acordo com o art. 9º, I, da Lei n.º 8.666/93, há alguma vedação para que o autor do projeto básico participe da licitação para a confecção do projeto executivo.

O artigo 7º da Lei n.º 8.666/93 dispõe que as licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços deverão obedecer as etapas relativas ao projeto básico, ao projeto executivo e à execução das obras e serviços, sendo que o parágrafo primeiro do dispositivo, faculta que o projeto executivo seja elaborado concomitantemente com a execução das obras e serviços, senão vejamos:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

(...)

Por sua vez, o art. 9º, I, da Lei 8.666/93, tido por violado, reza que não poderá participar da licitação ou execução da obra ou serviço, o autor do projeto básico ou executivo, nos termos da seguinte redação:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238

Adiante, os parágrafos do dispositivo supracitado permitem que: i) o autor do projeto participe da licitação de obra ou serviço, ou da respectiva execução, na condição de consultor ou técnico da Administração, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento; e ii) a licitação para execução da obra inclua a elaboração do projeto executivo como encargo do contrato (hipótese em que, por óbvio, o autor do projeto executivo será o mesmo que executará a obra em si):

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

A conclusão que se extrai de tais disposições legais, é a de que a lei expressamente vedou a participação do autor do projeto básico ou executivo na licitação para a contratação da obra, serviço ou fornecimento deles decorrentes. Contudo, em nenhum momento impediu a participação do autor do projeto básico na licitação para a elaboração do projeto executivo e para a assessoria técnica de projeto durante a construção da obra, como é o caso dos autos.

Não há dúvidas de que a vedação constante no artigo 9º tem por claro objetivo preservar a lisura e a equidade do processo de licitação, partindo do pressuposto de que, quem elabora o projeto básico ou executivo dispõe de informações privilegiadas que colocariam o projetista, acaso participasse da licitação, em posição de vantagem perante os demais licitantes.

Visa evitar que as empresas, ao elaborarem projetos, insiram elementos que direcionem a licitação, incluindo diretrizes ou soluções que lhes permitam se beneficiar quando da apresentação das propostas para a execução da obra, ou que excluam do certame licitantes possivelmente aptas a tal mister.

Trata-se, portanto, de norma cuja natureza é acautelar o poder público contra eventuais projetistas que, ao vislumbrarem a possibilidade de participação em iminente procedimento licitatório, incluíssem em projeto características que restringissem a competitividade e a ampla participação no certame, beneficiando-se de sua condição de autor do projeto.

Entretanto, há que se considerar que a lei expressamente impede a participação do autor do projeto básico na execução da obra e não na elaboração do projeto executivo, sendo certo que, tratando-se de norma de vedação, há de ser aplicação restritivamente, não sendo possível

utilização de critérios interpretativos mais abrangentes, sob pena de contrariar os princípios da hermenêutica jurídica.

Assim, vale repetir, a proibição aludida, em relação ao responsável pelo projeto básico ou executivo, contempla apenas o impedimento em participar de licitação ou execução de obras e serviços e não em participar de licitação para a elaboração do projeto executivo.

Inexiste, portanto, na Lei n.º 8.666/93 qualquer proibição no sentido de que o autor do projeto participe da licitação para a elaboração do projeto executivo.

(...)

Desta feita, percebesse de forma clara que não existe justificativa para escolha única e exclusiva da empresa **MYR PROJETOS ESTRATEGICOS E CONSULTORIA LTDA**, por falta de fundamentação legal, persistindo a vedação contida no artigo 9º da lei de licitação.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conforme explicitado, os argumentos jurídicos que fundamentam a presente peça tem as diretrizes necessária para direcionar esta respeitosa autoridade à continuação da lisura do processo.

Desta forma, espera e requer o acolhimento da presente Contrarrazões, sendo mantida a decisão da D. comissão em manter inabilitada a empresa **MYR PROJETOS ESTRATEGICOS E CONSULTORIA LTDA**.

Termos em que,

Pede deferimento.

Belo Horizonte, 02 de fevereiro de 2015.


HILDEMANO TEIXEIRA AMORIM NETO
INSTITUTO GESOIS

Instituto de Gestão de Políticas Sociais – Instituto GESOIS
Avenida José Candido da Silveira, nº 447, Bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG
CEP: 31.170-193 - Tel: (31) 3481-8007
e-mail: gesois@gesois.org.br

Escritório Serra do Cipó
Rodovia MG 10, KM 98 - loja 01, Pátio Cipó
Serra do Cipó - Distrito de Santana do Riacho/MG
Tel: (31)8401-1385

Escritório Penedo
Rua Barão do Rio Branco, 120 - Penedo/AL
Tel: (31)8425-7238