



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Procuradoria da República no Distrito Federal  
SGAS - Av. L-2 Sul - Qd. 604 Lt. 23 - CEP.: 70200-640 - Brasília - DF

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA 16<sup>ª</sup> VARA  
DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL



2004.34.00.026716-3

JUSTIÇA FEDERAL - DF  
24 MAR 15 14:23  
SEÇÃO JUCUJU  
RELÓGIO Nº 1

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo Procurador da República infra-firmado, vem, à presença de V.Exa., com arrimo no disposto nos artigos 127 e 129, II e III da Constituição Federal, bem como nas Leis nº 7.347/85 e 8.429/92, propor

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Em desfavor de:

1) **REGINA CÉLIA PERES BORGES**, à época, Diretora Executiva do PRODASEN, podendo ser citada no seu endereço de trabalho;

2) **DELTA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, CNPJ 00.0077.362/0001-80, e seus sócios **Cícero de Noronha Barros**, CI no. 064.652-DF, e **Daltro Noronha Barros**, CI no. 122.070-DF, podendo ser citados no SCS, Quadra 4, Bloco A, no. 216, Edifício Bernardo Sayão, 6º andar, Brasília, DF;

3) **VIA ENGENHARIA S/A**, CNPJ no. 00.584.755/0001-80, e seu Diretor **Fernando Costa Gontijo**, CI no. 10.684-OAB/DF, podendo ser citados no SIA Trecho 3, Lote 1705/1715, Setor de Indústria e Abastecimento em Brasília, DF;

4) **CONTARPP ENGENHARIA LTDA**, CNPJ no. 26.412.148/0001-27, e **Paulo Roberto Perez de Almeida**, CI no. 438/D-CREA/DF, podendo ser citados no SHIS QI 5, bloco F, no. 130, sala 212/214, Centro Comercial Gilberto Salomão, Brasília, DF; e

5) **ALMEIDA FRANÇA ENGENHARIA LTDA.**, CNPJ no. 24.784.167/0002-30, e seu sócio **Eduardo de Almeida França**, CI no. 383.881-DF, podendo ser citados no SCS, Quadra 4, Bloco A, Edifício Anápolis, sala 401/403, Brasília-DF.

Deve integrar o feito, na condição de *litisconsorte necessária*, a pessoa de direito público interno: a **União Federal**, eis que a presente ação gira em torno de lesão aos cofres públicos federais, o que torna imprescindível o seu chamamento, sob pena de nulidade da sentença que vier a ser proferida nestes autos (art. 47 do CPC).

Além disso, cuidando-se de ação de improbidade administrativa manejada pelo *parquet*, determina o art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92 que deve ser aplicado o disposto no art. 6º, § 3º da Lei de Ação Popular, com o que a aludida pessoa de direito público interno deve necessariamente ser citada para integrar a presente lide, na condição de litisconsorte ativo, atuando ao lado do autor, conforme autoriza o permissivo legal.

### DO DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PROPOR AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Registre-se que, segundo a melhor doutrina, o Ministério Público tem o dever de ajuizar as ações a seu encargo:

*"... em relação ao Ministério Público temos pela indeclinável obrigatoriedade de ele promover as ações de que fala a Lei 8.42, de 1992, pelo menos no que tange à jurisdição civil. Vez que em presença de um dever, não há como tergiversar ... Trata-se de uma obrigação de agir... haverá de propor a ação civil" (Adriano Perácio de Paula, "Sobre a Lei 8.429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas Ações de Improbidade Administrativa, in Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais, p. 47).*

*"... efetivamente, os membros do Ministério Público gozam da prerrogativa de atuação funcional independente. Assim, motivando suas intervenções, não se sujeitam a teses*

estabelecidas pela chefia política da Instituição. Porque defendem os interesses da sociedade, não detêm um interesse específico para tutelar (quero dizer, com isso: não raro, até mesmo os interesses das pessoas jurídicas de direito público interno podem ser contrariados pela sua atuação). Assim, podem e devem atuar sempre que uma hipótese legal se mostrar necessária, pelos acontecimentos de eventos legitimadores previsto em lei, que determinem sua atuação" (José Marcelo Menezes Vigliar, "Pode o Ministério Público combater a improbidade?", in *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 238).

No mesmo sentido, o autor acima, José M. M. Vigliar, cita que omissões e procrastinações devem ser reprimidas, inclusive com a inclusão do agente omissor ou faltoso no rol dos réus da ação que vier a ser ajuizada pelo Ministério Público para o combate à improbidade. Com inteira razão, pois, o art. 11, II da Lei 8.429/92 previu como modalidade de ato de improbidade administrativa a omissão que tenda a retardar ou se abster de praticar ato de ofício. Da mesma forma, o artigo 3º da mesma lei.

Pois bem, vista a questão desta forma, o Ministério Público não pode deixar de atuar, sob pena até mesmo de incorrer, com sua omissão, em atitude repreensível aos olhos da mesma Lei 8429/92.

A jurisprudência também reconhece o dever do *parquet*:

*"Diante de ato caracterizado como de improbidade administrativa, inadmissível que o Ministério Público não tome providências... A provocação do Judiciário para apuração de irregularidades constatadas é não apenas um poder, mas um dever do Parquet no exercício de suas funções institucionais"*  
(RESP 472399)

### DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

**Tratando-se de lesão aos cofres públicos federais, é incontestável a competência da Justiça Federal.**

De resto, cuidando-se de ação civil pública e de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal, a jurisprudência de nossos Tribunais, capitaneada pelo STF<sup>1</sup>, firmou-se no sentido da competência da Justiça Federal, consoante sintetiza o seguinte aresto, *verbis*:

<sup>1</sup> RE 228955-RS

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - LEI 7.347/85, ART. 2º E C.F., ART. 109, I E § 3º - CONTRADIÇÃO EXISTENTE - ACOLHIMENTO.

- Consoante entendimento pacífico desta eg. Corte e do STF as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal devem tramitar pela Justiça Federal do local do fato que deu origem à demanda.
- Estando o Município de Nova Prata abrangido pela circunscrição judiciária federal de porto Alegre, impõe-se reconhecer a competência do Juízo federal da 4ª Vara Federal para processar e julgar a presente ação.
- Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo." (STJ, EDRESp 206757/RS, Rel. Peçanha Martins, j. em 17/12/2002).

A competência da Justiça Federal de 1ª Instância, em casos que tais, já foi reconhecida pelo STJ:

"Inquérito Civil Público instaurado pelo Ministério Público para apurar atos de improbidade administrativa cuja prática é atribuída a agentes políticos que, em instância penal e em sede de mandado de segurança, são jurisdicionados originariamente do Superior Tribunal de Justiça.

**A competência originária do STJ está arrolada no art. 105, I, da Constituição Federal, não comportando extravasamento que ultrapasse os rígidos limites nele fixados. Inexistência de usurpação da competência." (Recl 580-GO).**

Firmados estes pontos, passam os autores a expor os fatos e os fundamentos da lide em testilha.

### DA CUMULAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM A DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Todos os doutrinadores de renome, estudiosos da Lei de Improbidade, apontam a possibilidade de cumulação. Da mesma forma, o Egrégio STJ já se manifestou. Vejamos duas boas ementas recentes:

**"RESP 434661 / MS ; RECURSO ESPECIAL  
2002/0048488-8  
Fonte DJ DATA:25/08/2003 PG:00280**

Relator Min. ELIANA CALMON (1114)  
 Data da Decisão 24/06/2003  
 Orgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Ementa

**PROCESSUAL CIVIL - CUMULAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - POSSIBILIDADE.**

**1. A ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fulcro na Lei 8.429/92 - Precedentes desta Corte.**

**2. Recurso especial improvido.**

Decisão

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, **POR UNANIMIDADE**, negar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Resumo Estruturado

VIDE EMENTA.

Referência Legislativa

LEG:FED LEI:007347 ANO:1985

\*\*\*\*\* LACP LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

LEG:FED LEI:008429 ANO:1992

Veja STJ - RESP 401964-RO, RESP 226863-GO (RMP 14/369, RSTJ 138/102), RESP 154128-SC (RSTJ 115/124)

**RESP 319009 / RO ; RECURSO ESPECIAL 2001/0046329-0**

Fonte DJ DATA:04/11/2002 PG:00180

Relator Min. ELIANA CALMON (1114)

Data da Decisão 05/09/2002

Orgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Ementa

**ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE (LEI 8.429/92).**

**1. Inexiste nulidade do processo que, examinando cumulativamente ação civil pública e ação civil por ato de improbidade, seguiu o rito ordinário (art. 292, § 2, do CPC).**

**2. Na ação civil por ato de improbidade, quando o autor é o Ministério Público, pode o Município figurar, no pólo ativo, como litisconsorte facultativo (art. 17, § 3ª, da Lei 8.429/92, com a redação da Lei 9.366/96), não sendo hipótese de litisconsórcio necessário.**

**3. Inexistência de cerceamento de defesa, segundo avaliação do Tribunal, estando o STJ impossibilitado de rever a prova (Súmula 7/STJ).**

4. A multa imposta observou o valor da condenação que rechaçou a possibilidade de liquidação por artigos, estando compatibilizada com a condenação.
5. Recurso especial improvido.

Decisão

**POR UNANIMIDADE**, negar provimento ao recurso especial

Resumo Estruturado

POSSIBILIDADE, APLICAÇÃO, RITO ORDINARIO, HIPOTESE, CUMULAÇÃO DE AÇÕES, AÇÃO CIVIL PUBLICA, AÇÃO CIVEL, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, INEXISTENCIA, PREJUIZO, REU, DECORRENCIA, OBSERVANCIA, PRINCIPIO DA AMPLA DEFESA. LEGALIDADE, CITAÇÃO, MUNICIPIO, INTEGRAÇÃO, POLO ATIVO, AÇÃO JUDICIAL, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, AJUIZAMENTO, MINISTERIO PUBLICO, DECORRENCIA, POSSIBILIDADE, MUNICIPIO, INDICAÇÃO, PROVA, DEFESA, ERARIO, CARACTERIZAÇÃO, LITISCONSORCIO ATIVO, LITISCONSORCIO FACULTATIVO. IMPOSSIBILIDADE, AMBITO, RECURSO ESPECIAL, APRECIÇÃO, ALEGAÇÃO, CERCEAMENTO DE DEFESA, EXISTENCIA, FATO NOVO, APLICAÇÃO, SUMULA, STJ, PROIBIÇÃO, REEXAME, SITUAÇÃO FATICA. LEGALIDADE, JUIZ, IMPOSIÇÃO, PAGAMENTO, MULTA, NATUREZA CIVIL, AÇÃO JUDICIAL, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, HIPOTESE, TRIBUNAL A QUO, RECONHECIMENTO, EXTENSÃO, DANO, ADMINISTRAÇÃO PUBLICA, CARACTERIZAÇÃO, COMPATIBILIDADE, MULTA, SENTENÇA CONDENATORIA.

Referência Legislativa LEG:FED LEI:005869 ANO:1973 \*\*\*\*\*  
 CPC-73 CODIGO DE PROCESSO CIVIL ART:00292  
 PAR:00002 LEG:FED LEI:008429 ANO:1992 ART:00017  
 PAR:00002 PAR:00003 ART:00012 PAR:ÚNICO (REDAÇÃO  
 DADA PELA LEI 9366/96) LEG:FED LEI:009366 ANO:1996  
 ART:00011

**Fica comprovado, desta forma, a possibilidade de CUMULAÇÃO da ação civil pública com a ação de improbidade administrativa.**

## DOS FATOS

O Ministério Público Federal recebeu denúncias de ilicitudes gravíssimas, envolvendo obra pública federal, as quais passam a ser descritas a seguir.

Em 17/01/2000, foram solicitadas, no Prodasen, providências iniciais necessárias à construção do prédio da **Interlegis**, cujo valor estimado era de quase **quatro milhões de dólares americanos**. O prédio, com área de mais de 4.300 m<sup>2</sup>, seria, ainda, equipado com os

mais modernos recursos de comunicação e informática. A previsão de término da obra era de **6 (seis) meses**.

Em 16/02/2000, a Sra. Regina Borges, Diretora Executiva do Prodasen, autorizou a realização de licitação na modalidade de Concorrência.

Em 20/03/2000, então, lançou-se o Edital de Concorrência no 03/00 (fls. 333 e seguintes do volume II, apenso), com o seguinte objeto:

*"A presente concorrência tem por objeto a Contratação de empresa de engenharia para execução da obra de construção do edifício-sede do Programa Interlegis, composto por Subsolo, térreo e outros dois pavimentos em estrutura de concreto armado, com área total de 4.453,27 m<sup>2</sup>, contendo instalações técnicas de eletricidade, cabeamento estruturado, água fria, esgoto, águas pluviais, pára-raios, combate a incêndio e supervisão predial e sistema de condicionamento de ar."*

No decorrer do procedimento, houve pedidos de esclarecimentos e impugnação ao edital, inclusive pelo CREA, relativo à exigência de comprovação da capacidade técnica e operacional, tendo a Comissão mantido a "legalidade" de seus procedimentos.

Segundo o Edital licitatório, na fase seguinte, deveriam ser, então, abertos os envelopes alusivos à documentação. Logo após, deveriam esses ser examinados, anunciando-se as empresas habilitadas e inhabilitadas. Havendo renúncia expressa de todas as licitantes ao direito de interpor recurso contra a decisão, passar-se-ia à abertura dos envelopes no. 02 (proposta) das empresas habilitadas. E, posteriormente, a Comissão Especial faria a ata de julgamento da licitação com a classificação e desclassificação das propostas.

É certo, ainda, que o artigo 43 da Lei 8666/93 determina que, ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, **não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de atos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.**

Para Marçal Justen Filho, o exame dos documentos da fase de habilitação deve ser minucioso e detalhado, cabendo à Comissão investigar sua autenticidade, de sorte que, existindo dúvidas, cumpre solicitar esclarecimentos e comprovações.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> "Não se admite exame meramente formal, que se satisfaça com a constatação de que os documentos referidos no edital foram apresentados (...) As declarações e documentos sobre capacitação técnica devem

Pois bem, aos 24.04.00, às 16:00 horas, a Comissão Especial de Licitação reuniu-se, após haver considerado todas as empresas habilitadas, e declarou vencedora e empresa Serveng Civilsan que ofertou proposta mais vantajosa, isto é R\$ 6.560.796,82 (seis milhões, quinhentos e sessenta mil, setecentos e noventa e seis reais e oitenta e dois centavos). Registre-se que **na Ata de julgamento consta que todas as empresas concorrentes renunciaram ao direito de interpor recurso na fase de habilitação.**

É preciso enfatizar, ainda, que a Ata de Abertura consigna o seguinte horário: 13:00 horas. Vinte minutos depois, já se comunicavam as empresas habilitadas, isto é, às 13:20. E menos de três horas após, a Comissão já possuía o resultado final.

Ocorre que, na mesma data em que foi anunciado o resultado, exatamente às 17:15 do mesmo dia 24.04.00, a empresa Delta Engenharia solicitou que fosse anulada a decisão anterior que declarou habilitada a "concorrente" vencedora, expressamente consignando que **"não houve renúncia expressa de nossa empresa quanto ao direito de recorrer do resultado proferido na fase de habilitação".**

Com efeito, mesmo tendo sido encerrada a fase de habilitação, a Comissão de Licitação resolveu analisar a questão, em atenção aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, bem assim a ocorrência de "fato novo", tendo concluído pela inabilitação da empresa vencedora.

Registre-se aqui que de fato novo **não** se tratava. Ora, as certidões foram apresentadas no momento devido pela empresa vencedora e deveriam ter sido analisadas com esmero pela comissão. Eventual negligência nessa análise não tem o condão de transmutar a hipótese em fato novo. Como é sabido, **fatos que já ocorreram e que apenas não se conheciam não são fatos supervenientes. São fatos pretéritos de conhecimento posterior, o que é diferente.**

Ato-contínuo, a Comissão achou por bem considerar habilitadas apenas as empresas Delta, Via e Estacon, mas, logo após, desclassificou-as, por apresentarem propostas com preços excessivos, abrindo-se prazo para que referidas participantes oferecessem novas propostas, mantendo o menor preço global (em **08/05/00**).

Recorde-se que o preço estimado pela Administração era de R\$ 6.496.007,69 (fls. 332, volume I), tendo as empresas Delta, Via e



Estacon oferecido os seguintes valores, respectivamente: R\$ 7.829.431,13; R\$ 7.934.026,06 e R\$ 8.052.774,10.

Posteriormente, em 23 de março de 2000, as mesmas empresas ofereceram novos valores, isto é: R\$ 7.495.493,29; R\$7.560.226,67 e R\$ 7.620.092,57.

Elaborado parecer técnico a respeito, em 7 de junho de 2000, pelo Senhor Luiz Antônio Reis, considerou-se "natural" a valoração de 15,4% a mais que o preço estimado, ao argumento, por exemplo, de aumento de preços após a fixação original, inclusive convenção coletiva. Em conclusão, foi afirmado:

*"O preço global, proposto pela Delta Engenharia Ltda. é compatível com os preços praticados no mercado."*

Referido profissional foi mais tarde contratado para acompanhar a execução da obra, por meio da empresa Reis Arquitetura S/C, sendo o responsável pelo atesto de todas as etapas, apresentando, praticamente, quase que a mais absoluta concordância com todos os pedidos de ajustamento feitos pela empresa contratada.

Curiosamente, então, aos **09/06/00**, comunicação da Fazenda Nacional certificou a legalidade da documentação oferecida pela Empresa Serveng Civilsan, aquela que fora habilitada e considerada vencedora por apresentar o menor preço, sendo, logo após, inabilitada. Em razão desse fato, a Comissão Especial tornou sem efeitos os atos anteriores e considerou vencedora do certame, mais uma vez, a empresa Serveng Civilsan (DOU 20/06/2003), que, no entanto, já não admitia revalidar a sua proposta em virtude do tempo decorrido.

Assim sendo, então, aos 30/06/2000, segundo Ata da Comissão Especial, *"Foi colocada em pauta a solicitação do Sr. Diretor da DAF quanto à revalidação da proposta à Serveng Civilsan, que não o fez. Em seguida, o Sr. Diretor da DAF chamou a 2ª colocada, Delta Engenharia S.A, consultando se aceitaria construir o prédio pelo preço da 1ª colocada, de acordo com o art. 64 da Lei 8.666/93. A Empresa Delta respondeu de forma afirmativa."* De fato, **dias antes**, em 16/06/2000, a empresa Delta concordara em executar a obra em referência pelo mesmo preço e nas mesmas condições da Empresa Serveng Civilsan.

Finalmente, em 23/07/2000, foi homologada a licitação pelo Senador Ronaldo Cunha Lima, com adjudicação à empresa Delta, no valor de R\$ 6.560.796,82, tendo sido celebrado o Contrato 32/00, entre as partes, aos 25/07/2000.

Nesse mesmo dia, 25/07/00, a empresa Via, "derrotada", juntamente com as demais empresas-rés arroladas nesta inicial, constituiu, com a empresa "vencedora" Delta, **uma sociedade por conta de participação**, cujo objetivo era "compartilhar" o objeto do presente contrato. Para tanto, o "bolo" foi dividido: tantos por cento para uma, tantos para outra, etc.

Esse fato gravíssimo, que por si só representa uma comprovação clara **do conluio da simulação e da fraude** que rondou todo esse procedimento licitatório, será tratado adiante em capítulo específico desta ação. Ressalte-se, desde já, que várias cláusulas da malsinada sociedade, constituída com o único desejo de fraudar a licitação em exame, já davam por certa a **elevação do preço contratual**, o que os fatos vieram confirmar.

De fato, imediatamente após à celebração do contrato entre a administração e a licitante "vencedora", nova planilha de preços foi oferecida pela contratada para a execução de estacionamento provisório durante a edificação da obra, o que gerou o 1º Termo Aditivo, no valor de R\$ 348.805,97 (09/08/00).

**Não** existe qualquer justificativa técnica e legal para a confecção deste Termo Aditivo. Ora, foi o próprio Prodasen que confirmou que "*a construção do novo estacionamento não faz parte do projeto inicial e conseqüentemente do contrato decorrente da licitação*".

Desde o início, a administração estava ciente de que, com a realização das obras, o local que até então era utilizado para estacionamento seria ocupado pela empreiteira para a consecução dos serviços. Salta aos olhos a impropriedade e a ilicitude deste Termo Aditivo, já que com ele se permitiu a execução de obra **não** licitada e totalmente previsível desde a concepção do projeto inicial.

Ademais, **não** foram elaboradas quaisquer justificativas técnicas para acatar a solicitação da empresa vencedora, tudo em **desconformidade** com as normas da ABNT (com poder normativo). Essa afirmação, feita pelos técnicos da CEF, constituiu nulidade recorrente em **todos os cinco** termos aditivos pactuados:

**"NOTA:** A **análise ou justificativa técnica** de engenharia consiste no estudo, pelo profissional engenheiro/arquiteto analista, da viabilidade de uma proposta, observando-se principalmente, os aspectos inerentes à concepção, consistência técnica, localização, custos, prazos, funcionalidade e adequação aos objetivos da demanda específica. Para tanto, o profissional deve fazer uso de todos

os elementos necessários à formulação de um entendimento consistente e conclusivo do objeto analisado. Todo trabalho de análise técnica deve ser elaborado seguindo as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e de acordo com conhecimentos específicos, respeitadas as disposições legais e as resoluções do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia-CONFEA.

Nos documentos submetidos à apreciação, as "**devidas análises**" que deveriam compor a justificativa para o acatamento dos Termos Aditivos solicitados pela construtora DELTA Engenharia, **não foram elaboradas** conforme a "**NOTA**" descrita acima, **não** estando, portanto, de acordo com as preconizações das normas brasileiras da **ABNT pertinentes ao assunto**, e as resoluções do **CONFEA**. Dessa forma, **não** podemos caracterizá-las como "**análises ou justificativas técnicas**" de engenharia."

É de tal modo grave referida nulidade que a Lei de Licitações erige as justificativas técnicas como requisito **essencial** para qualquer aditivo contratual, art. 65, *verbis*:

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, **com as devidas justificativas**, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação ou do projeto ou das especificações, **para melhor adequação técnica aos seus objetivos**;

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do fornecimento, **em face de verificação técnica** da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

(...)

c) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, **na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.**

Parágrafo 1º **O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos".**

Parágrafo 2º **Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior (...)**

Parágrafo 6º **Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial."**

E o que é ainda pior, a liberação do terreno para início das obras teria ficado condicionada à solução para o estacionamento que seria desativado para a instalação do canteiro de obras. Esse fato foi utilizado pela contratada, mais tarde, para a celebração do 4º Termo aditivo, ao argumento de que assim ocorrendo houve atraso nas obras, além de ter havido atraso na conclusão da licitação e conseqüente assinatura do contrato. Ora, é sabido que a empresa não estava obrigada a aceitar a contratação, mas em uma vez aceitando, esta teria que ocorrer nas **mesmas** condições oferecidas pelo primeiro contratado. Além disso, o contrato previa: **"NENHUM PAGAMENTO ADICIONAL SERÁ EFETUADO EM REMUNERAÇÃO AOS SERVIÇOS AQUI DESCRITOS; OS CUSTOS RESPECTIVOS DEVERÃO ESTAR INCLUÍDOS NOS PREÇOS CONSTANTES DA PROPOSTA DO CONTRATADO."**

Novas alterações de valores, contudo, ocorreram, relativas às alterações de especificação de **forro e carpete**. Foi celebrado, assim, o 2º Termo Aditivo, no valor de R\$ 261.163,84 (em 11/12/00). Qual o motivo da modificação das especificações? **Nada foi esclarecido**. Por que não se previu isso desde o início? Está absolutamente claro, então, que esse termo aditivo é mais uma injustificável e indisfarçável maneira de crescer valores ao contrato. Novamente, não houve justificativa técnica, infringindo a legislação já citada e, assim, este segundo aditivo também é nulo de pleno direito!

Athos Bulcão foi, a seguir, contratado para a elaboração de painel de cerâmica, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e com dispensa de licitação.

Não demorou muito a que novo termo aditivo fosse celebrado, o 3º, no dia 20 de fevereiro de 2001, em valor elevado de R\$

860.773,13, correspondente a "serviços diversos executados durante a construção."

Em "justificativa", alegou-se o atraso para a realização das obras e o período torrencial de chuvas, daí a "necessidade" de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

**Dois dias** após, celebrou-se o 4º Termo Aditivo, em valor adicional ainda maior, isto é R\$ 951.010,64.

E, finalmente mais um Termo Aditivo é assinado, o 5º, no valor de R\$ 131.992,99, em 25 de abril de 2001.

Ao final, consta que a obra foi recebida definitivamente só em 27/06/01, cujo valor foi de R\$ 9.114.549,01, em 11/05/2001, o que representou **39% a mais do valor inicial**, com a extrapolação também do prazo inicialmente pactuado para conclusão final. Sabe-se que a autorização para o início das obras ocorreu em 31/07/00 e que o início das obras se deu em 04/08/00. Desta forma, a conclusão estaria prevista para ocorrer em 180 dias, portanto, **em 30/01/2001**, quase cinco meses depois da data contratada.

O MPF recebeu denúncia a respeito de todos esses fatos. Foram, então, requisitados vários documentos, os quais, para serem prestados, requeriam a intermediação do Presidente do Senado Federal e do Procurador-Geral da República. Tais fatos geraram atraso nas investigações.

A seguir, o MPF requisitou perícia à Caixa Econômica Federal.

De conseguinte, encontra-se, em anexo, estudo minucioso, inclusive um comparativo das planilhas oferecidas pela empresa construtora da obra e os reajustes que finalmente foram pagos para itens semelhantes, inclusive os que foram inicialmente considerados pelo próprio Prodasen.

Verificou-se, então, que em que pese a empresa Delta Engenharia tenha, de pronto, aceitado o convite efetuado pela Administração para firmar o contrato em questão, sem questionamento e atualização, fato é que, ao apresentar planilha orçamentária, **modificou grande parte dos quantitativos e custos unitários apresentados** pela 1ª classificada, sem que esse ato alterasse, inicialmente, o preço acordado para a realização da obra.

Vejamos, a seguir, outras ilicitudes que marcaram a contratação em exame.

## DA OFENSA À LEI DE LICITAÇÕES

De início, ressalte-se que **todo** o procedimento de contratação revelou-se **contrário** à Lei de Licitações e à doutrina pátria dominante.

A concorrente vencedora com o menor preço foi afastada por suposta irregularidade que, ao final, não foi confirmada.

Sem maiores questionamentos, a Comissão de Licitação aceita os argumentos da Delta para inabilitar a Serveng Civilsan, mesmo quando é afirmado que todas as empresas renunciaram ao direito de recorrer.

Depois, ocorre **a anulação da anulação**, e a Comissão reconhece que a Serveng deveria desde o início ter sido considerada mesmo a vencedora.

É de indagar por que a Comissão não utilizou o poder que possuía para averiguar os fatos? Foi no mínimo displicente.

De conseguinte, o tempo passou, superando o prazo de validade da melhor proposta.

Somente após é que aparece comunicação da Fazenda Nacional dando conta de que inexistiria qualquer irregularidade na contratação da melhor proposta. Nesse momento, o arquiteto Reis já justificava o novo preço da segunda concorrente, considerando "**natural**" a **elevação**, em virtude do tempo "decorrido".

Mas, em que pese a tudo isso, a segunda concorrente aceita praticar os preços da primeira contratada, mas nem tanto, já que lhe foram concedidos cinco aditamentos que fizeram o seu valor inicialmente pretendido **ser até mesmo superado!**

Na seqüência, verifica-se o lamentável descumprimento da Lei de Licitações, já que as alterações ao projeto superaram, com folga, os 25% permitidos pela Lei de Licitações. Afigura-se também uma ofensa ao procedimento licitatório a inclusão de serviços que originalmente **não** pertenciam ao objeto licitado e ao contrato, muito menos ao projeto básico.

Foram esses "arranjos", verdadeiras maquiagens, que permitiram à Delta, empresa vencedora, receber, afinal, em valores do ano 2000/2001, milhões de reais, superando o seu próprio preço inicial e que havia sido considerado, num primeiro momento, pela Comissão de Licitação, como **superior ao preço de mercado** (superfaturado).

Segundo Marçal Justen Filho, em virtude do princípio da obrigatoriedade das convenções, **não** há cabimento para alterações no conteúdo das avenças, de sorte que qualquer alteração representa uma exceção raramente verificada. Ou seja, a Administração tem de evidenciar a **superveniência do motivo justificador da alteração contratual com base em fatos realmente imprevisíveis e supervenientes**. É por isso que o autor insiste que a melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada. Por outro lado, as alterações quantitativas devem submeter-se **ao limite de 25%** quando se tratar de obras.

Nessas condições, vê-se que é impossível aceitar, por uma ou por outra, a edição de tantos termos aditivos à obra em questão, exatos cinco termos aditivos, com alterações diversas do que foi o licitado; com acréscimo de serviços sequer licitados; com a clara inocorrência de qualquer fato superveniente ou imprevisível; ou com alterações quantitativas que superam o limite legal.

Inexistiu qualquer questionamento da administração. Era tão simples o procedimento que bastava a empresa apresentar suas planilhas e exigir a celebração do aditivo e logo esses valores eram concedidos.

As motivações expressadas para justificar os malfadados aditivos não resistem à análise técnica. Vejamos o que disseram os engenheiros da Caixa Econômica Federal em relação a esses aditivos.

#### **"PRIMEIRO TERMO ADITIVO**

(...)

Considerando o objeto do contrato firmado entre PRODASEN e a DELTA Engenharia, como também, com base na legislação que regulamenta os procedimentos licitatórios já referenciados anteriormente, questiona-se o fato de que **o primeiro termo aditivo poderia vir a constituir um contrato independente**.

(...)

Dessa forma, a contratação para a execução da obra do estacionamento **não** poderia vir a modificar o contrato anteriormente firmado, nem seus prazos, sendo então cabível a realização de novo procedimento de licitação para atender ao novo objeto, sem que ocasionasse interferências com a obra já contratada.

(...)

Não se compreende, entretanto, por que **não** foi contemplado o projeto do novo estacionamento junto com a construção da

obra, uma vez que já existia uma necessidade caracterizada de solucionar concomitante a sua ocupação.

### **SEGUNDO TERMO ADITIVO**

(...)

Percebe-se que na planilha do segundo termo aditivo, houve **modificação** de quantitativos e alteração das especificações contratuais. Com relação aos quantitativos relativos ao carpete, foi solicitado pela fiscalização da obra um acréscimo ao serviço já contratado, para eventuais trocas e manutenção futuras. Se fosse usual e aceito tal procedimento, seria necessário adicionar em todos os materiais de acabamento da obra os mesmos percentuais utilizados na solicitação supra, o que **não** é viável, uma vez que oneraria os custos finais da obra e seria difícil o seu armazenamento.

Quanto às alterações das especificações do forro em gesso por forro Armstrong e do carpete placa Interface, por placa Miliken Quattra, tais modificações não constituem uma descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não seria a mais adequada.

### **TERCEIRO TERMO ADITIVO**

(...)

Para tanto, vale ressaltar alguns aspectos (...) que **não** existe, porém, uma liberdade para a Administração (contratante) impor alterações nos contratos como e quando melhor lhe aprouver e, sempre que o fizer, torna-se necessário evidenciar a real necessidade e justificar o que motiva a alteração em curso, de forma convicta, tendo, por conseguinte, que as alterações seriam mais adequadas que àquelas anteriormente previstas.

(...) **não** se admite que a modificação do contrato, ainda que, por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia e que a melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada.

Nesse contexto, é que foi adotada a verificação de cada item de serviço da planilha orçamentária com base no atendimento a seus princípios, sendo confrontada com a planilha orçamentária elaborada pelos técnicos da CAIXA, nas quais se observa que, em algumas situações, a quantidade solicitada na planilha orçamentária do aditivo encontra-se superior à quantidade do serviço levantado pelos técnicos da CAIXA.



#### QUARTO TERMO ADITIVO

(...)

Quanto à adoção de índices de correção proposta nas justificativas apresentadas pelo jurídico do PRODASEN, temos os seguintes comentários:

a) O 1º termo aditivo conforme acima referenciado, **não** deveria compor o presente contrato, contudo, o mesmo passa a ser incorporado ao contrato inicial, tornando-se, portanto, prejudicial ao contrato principal firmado e objeto da licitação, uma vez que ocasionara atrasos na execução dos serviços e pedido de re-equilíbrio econômico financeiro (...)

Quanto à interferência de chuvas no andamento das obras, o fato foi decorrente do atraso do início da execução da obra principal gerado pela contratação do primeiro termo aditivo, que foi priorizado em detrimento ao contrato. (...) Observa-se que, se a obra houvesse tido seu transcurso normal, conforme o cronograma físico contratado, não haveria as interferências registradas e motivadoras do quatro termo aditivo.

(...)

Entretanto, a empresa DELTA ENGENHARIA, de pronto, aceitou o convite efetuado pela Administração, sem se manifestar quanto à inviabilidade dos prazos e valores propostos. (...)

#### QUINTO TERMO ADITIVO

(...)

Observando o quinto termo aditivo e verificando as informações anteriores, já se tem conhecimento que houve a dilatação do prazo em 60 (sessenta) dias. Contudo, **não** estão arquivados os documentos relativos ao aditivo contratual.

A planilha orçamentária (...) correspondeu a serviços diversos executados durante a construção do prédio que abriga a sede do Interlegis."

Afinal, os técnicos da Caixa chegaram a uma diferença (superfaturamento) de 1.596.759,97 (hum milhão, quinhentos e noventa e seis mil, setecentos e cinquenta e nove reais e noventa e sete centavos) dólares americanos o que quer dizer que pelos cálculos efetuados, a obra, em 01/01/2004, deveria ter sido concluída no valor de R\$ 9.712.897,37 (nove milhões, setecentos e doze mil, oitocentos e noventa e sete reais e trinta e sete centavos), isto é, US\$ 3.366.222,14 dólares, e, não, os R\$ 9.114.549,01, pagos pelo Poder Público, o que totalizou, à época da contratação, US\$ 4.962.982,11 dólares, de superfaturamento.

Recapitule-se, então, que, para os peritos, foram feitas glosas em razão dos motivos abaixo.

O primeiro Termo Aditivo foi glosado, integralmente, pois constituiu-se em obra **não** prevista no edital de licitação, o que fere a Lei 8.666/93, nos termos como visto acima.

O segundo Termo Aditivo, da mesma forma, foi integralmente glosado, pois a troca de materiais **não** encontra justificativa capaz de validar corretamente a edição do aditamento, nos termos da mesma Lei de Licitações e das justificativas transcritas acima.

O terceiro Termo Aditivo contou com a glosa de 60 itens, totalizando R\$ 437.273,70. A justificativa para a referida glosa refere-se à **não** aceitação e aceitação **parcial** dos itens listados. Isto porque já possuía a existência de vários serviços cotados no aditamento como se fossem novos, além do extrapolamento da quantidade de serviços/material elaborada pela Caixa Econômica Federal em correlação com o que é oferecido pela Administração.

O item "Reforço da cortina na entrada de Alta Tensão" não faz parte do edital e nem do contrato. Além do mais, estruturalmente, não é necessário. Sendo assim, não deve ser editado.

O item "Reaterro compactado" não faz parte do edital e nem do contrato, porém é um serviço necessário, desta forma deve ser editado. Contudo, o quantitativo está superestimado. Nosso valor é de 401,09m<sup>2</sup>.

O item "Lastro de concreto magro-concreto FCK-15,0 Mpa" não faz parte do edital e nem do contrato. Desta forma, não deve ser editado. Por oportuno, as bases alargadas dos tubulões não possuem armação. Assim sendo, a utilização do concreto magro é dispensável.

Os itens abaixo relacionados não foram considerados, haja vista esses itens já terem sido contemplados no levantamento da CAIXA. São eles:

Discriminação: Alteração do projeto devido a mudança da subestação

- Forma; e
- Concreto FCK-30,0 Mpa (usinado).

Discriminação: Diferença de consumos na execução da estrutura por alteração de projetos

- Forma;
- Aço CA-50; e

- Concreto FCK-30,0 Mpa (usinado)

Discriminação: Modificação do piso do auditório e remanejamento de instalações

- Concreto FCK-15Mpa (piso)

Os itens abaixo relacionados não foram considerados, haja vista não serem objetos do Edital e nem do Contrato. São eles:

Discriminação: Diferença de consumos na execução da estrutura por alteração de projetos

- Isopor

Discriminação: Modificação do piso do auditório e remanejamento de instalações

- Piso elevado (cabine+palco);
- Carpete Milinken Quattra (Aditivo II);
- Projeto de azulejo decorado – Athos Bulcão; e
- Assentamento e rejuntamento de azulejos pintados.

Discriminação: Colocação de granito preto no auditório (parte externa da sala técnica

- Fornecimento e assentamento de granito preto

Discriminação: Aplicação de granito branco saara na parte externa da caixa de escada

- Granito branco saara

Discriminação: Aumento de divisórias com porta, dobradiça e fechadura

- Divisórias em madeira alta h + 2,70 metros;
- Porta de madeira PMB-03 1,00x2,60 metros; e
- Fechadura La Fonte ref. 030/120 cromada

Discriminação: Porta automática no lugar da PV-1

- Porta automática

Discriminação: Vidros para luminária

- vidros para luminária 090801 CBR Altena

Discriminação: Acréscimo de Mictórios

- Mictório Deca ref. M-711 branco 6E-17;
- Válvula de descarga para mictório ¾”;
- Joelho soldável 25 mm x 90°;
- Tê PVC soldável 25 mm;
- Tubo de PVC soldável diam. 25 mm;
- Tubo de PVC soldável diam. 40 mm; e

- Joelho PVC esgoto diam. 40 mm x 90°

Discriminação: Alteração do Projeto do estacionamento

- Piso intertravado de concreto;
- Ref. De base/sub-base do estacionamento antigo; e
- Meio-fio em concreto pré-moldado

Discriminação: Alteração do projeto de paisagismo

- Totem metálico

Discriminação: Modificações da rede estruturada

- Cabo com 12 fibras mm 50/125 micros geleado de uso externo

Discriminação: Drenagem conforme revisão 2 IHE 2/5

- Joelho PVC esgoto 100 mm x 90°; e
- Junção PVC esgoto 100 mm

Discriminação: Cópias de Projetos

- Cópias devido a alterações de projetos

Os itens abaixo relacionados não foram considerados o quantitativo correspondente ao efetivamente executado, pois o quantitativo está superestimado. São eles:

Discriminação: Modificação do piso do auditório e remanejamento de instalações

- Peitoril de granito

Discriminação: Pintura PVA preto vigas fundo pele de vidro

- Pintura latex cor branco neve (usada como base de preço)

Discriminação: calçada do estacionamento

- Com preto 15 Mpa

Discriminação: Alteração do projeto de paisagismo

- Forrações;
- Seixo rolado médio;
- Seixo rolado grande;
- Separador de canteiros; e
- Tampas de poços de visita revestidas em pedras portuguesas

Discriminação: Modificações da rede estruturada

- Cabo com 08 fibras mm 50/125 micros geleado de uso interno;
- Conector óptico CS multimodo 50/125;
- Cabo CTP-APL-SN 50 -100;

- Cabo CI 50 x 100 pares;
- Cabo coaxial RG - 59; e
- Cabo coaxial RG - 11

Discriminação: Antena para tradução simultânea

- Cabo pirastic # 2,5 mm<sup>2</sup>; e
- Corte com maquina prof de 5 mm

Discriminação: Eletrocalha para telefonia celular

- Eletrocalha e conexões para telefonia celular

Discriminação: Drenagem conforme revisão 2 IHE-2/5

- Joelho PVC esgoto 100 mm x 45°;
- Geotextil para envolvimento tubo drenagem;
- Geotextil de separação;
- Brita 0 e
- Brita 2

Os itens abaixo relacionados já foram considerados no orçamento quando da licitação. São eles:

Discriminação: Calçada do Estacionamento

- Limpeza e preparação do terreno

Discriminação: Grama batatais em plaqueta

- Limpeza e preparação do terreno

O quarto Termo Aditivo mereceu a glosa integral, tendo em vista que todos os gastos listados são **injustificáveis**. Com efeito, era obrigação da contratada programar-se para a entrega da obra, no prazo devido. Ausente esse planejamento, **não** poderia exigir do Poder Público que pagasse por sua negligência e imperícia. A época das chuvas jamais pode ser aceita como justificativa para os atrasos verificados, nem tampouco a entrega do estacionamento, ou as sucessivas anulações do resultado final do certame. QUANDO A CONTRATADA ACEITOU A REALIZAÇÃO DA OBRA EM QUESTÃO, ACEITOU TAMBÉM, SEM QUALQUER CONTESTAÇÃO, PRAZOS E PREÇOS, OU SEJA, COMO CUMPRIRIA, ACEITOU TAMBÉM TODAS AS CONDIÇÕES DO OBJETO CONTRATADO, NOS MESMOS TERMOS DA LICITANTE VENCEDORA QUE ABRIU MÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO, o que deu ensejo à contratação com a segunda melhor colocada. DESCABE, NESSE SENTIDO, FALAR-SE EM REEQUILÍBRIO CONTRATUAL.

O quinto Termo Aditivo mereceu a glosa 15 de itens, totalizando R\$ 31.251,90. Há itens que chegam a ser risíveis, como, por exemplo, um que cuidou de pagar pela impermeabilização de bancada de granito. Ora, ao receber a bancada jamais a pedra vem em

estado bruto, antes deve ser polida. Outro, por exemplo, como a retirada de pó, também não pode ser aceito, pois se trata de item que, obviamente, deve **fazer parte** da limpeza da obra. Mas há aqueles que foram trocados, sem a menor justificativa, como a mudança do revestimento da passarela de mármore branco *alucobond*, o que mais que dobrou a cotação inicial. Além desses, há outros ainda mais graves. Trata-se de pagamentos relativos a materiais e serviços que **nada** tem a ver com a obra contratada, mas com a inauguração da mesma, como instalação para vídeo conferência, vasos e carpetes para a inauguração!

O item "Chapa galvanizada" foi considerado o quantitativo correspondente ao efetivamente executado, pois o quantitativo está superestimado.

Os itens abaixo relacionados não foram considerados, haja vista não serem objetos do Edital e nem do Contrato. São eles:

Discriminação: Impermeabilização das bancas de granito

- Impermeabilização das bancas de granito com impermeabilizador Bellizzoni; e
- Impermeabilização dos rodabancas de granito com impermeabilizador Bellizzoni.

Discriminação: Pilar redondo revestido de alucobond

- Pilar redondo revestido de alucobond

Discriminação: Troca de revestimento da passarela de mármore branco para alucobond

- Alucobond

Discriminação: Ventilação da porta do gerador

- Retirada de porta de alumínio com veneziana já colocada; e
- Instalação de tela artística na porta da sala do gerador

Discriminação: Vedação da porta da sala de telecomunicações

- Retirada de porta de alumínio com veneziana já colocada; e
- colocação de alucobond na porta da sala de telecomunicação

Discriminação: Cabeamento de interligação de rede com o PRODASEN

- Cabo com 06 fibras multimodo 62,5/125 um geleado

Discriminação: Retirada de pó de áreas técnicas sob cabeamento estruturado

- Aspirador de pó industrial para pó e água

Discriminação: Instalação para video-conferência na inauguração

- Cabo coaxial 75 ohms RG 59; e
- Conectores BNC-BNC

Discriminação: Vasos para inauguração

- Aluguel de vasos para inauguração

Discriminação: Carpete para inauguração

- Carpete comum de 4 mm

### DO CONLUIO, DA SIMULAÇÃO E DA FRAUDE

Como se não bastasse tudo isso, o MPF foi informado de que houve espúrio acordo entre as licitantes, **Delta e Via**, as quais se uniram em 25 de julho de 2000, no exato dia em que a primeira, sagrada vencedora, celebrava o contrato com o Poder Público, para, juntamente com as outras rés, **Contarpp Engenharia Ltda. e Almeida França Engenharia Ltda.**, celebraram instrumento particular de constituição de **sociedade em conta de participação**. Nesse caso, a Delta passou a se constituir em sócia ostensiva, e as três últimas, sócias ocultas. Segundo o documento, seria de interesse da sócia ostensiva **compartilhar** a execução integral do objeto do CONTRATO com as **Sócias Ocultas**.

O objeto da "Sociedade" é, portanto, a *"participação das empresas Via, Contarpp e Almeida França, juntamente com a Delta, na execução de todos os serviços e obrigações do objeto do contrato então firmado entre a Delta e o Prodasen"*, e, é de pasmar, *"de seus eventuais termos aditivos"*. Para tanto, qualquer intenção de acréscimo ou redução do objeto do contrato obrigava a Delta a dar prévio conhecimento às demais "Sócias" *"para estas examinarem as implicações (...) de modo a preservar os interesses da SOCIEDADE"*.

A sociedade então constituída passou a denominar-se **Sociedade Guará**, sendo que o prazo de sua duração seria *"igual ao necessário para a execução da obra e cumprimento integral de todas as obrigações (...) até a quitação total dos pagamentos devidos pelo PRODASEN à DELTA."*

Na cláusula terceira, as "Sócias" dividem o "bolo": quem fica com quê: 35% para a Delta e o mesmo percentual para a Via; 22%, para a Contarpp e 8% para a Almeida França. Essa "participação" se refere a custos, garantias, lucros, perdas, inclusive recebimentos, etc.

O faturamento é todo ele efetuado pela sócia ostensiva, e as quantias recebidas provenientes do contrato, transferidas, no dia útil imediatamente posterior, para conta-corrente bancária, em banco a ser escolhido pelo Conselho das sócias referidas, caso o Prodasen efetue o pagamento das parcelas por intermédio de outro Banco ou conta.

Finalmente, com o cumprimento integral do contrato e de "seus termos aditivos", a sociedade é dissolvida (9.3), tendo sido acrescentado que as "Sócias" se obrigam a manter "**extrema confidencialidade** sobre este instrumento, sendo que todas as questões a ele referentes deverão ser tratadas reservadamente pelas Sócias, não podendo ser transmitidas a terceiros, salvo prévia e expressa autorização, dada por escrito, de todas as demais Sócias."

Como é sabido, existem, nessa espécie de sociedade em conta de participação, dois tipos de sócios: o ostensivo, comerciante, que aparece nos negócios com terceiro contratando sob o seu nome e responsabilidade, e o **sócio oculto**, que é o prestador de capital para aquele, não aparecendo externamente nas relações da sociedade.

Na hipótese ora relatada, contudo, a sociedade constituiu-se com o único objeto que é a execução dos serviços objeto de contrato firmado entre a vencedora do certame e o Poder Público, sendo o prazo dessa sociedade igual ao da execução da obra. **Uma simulação, uma fraude**, um exemplo de **conluio**.

É nesse mesmo sentido o magistério de Marçal Justen Filho:

*"Nada impede que o contratado adquira participação societária ou se associe com outrem para os mais diversos objetivos (...) A vedação legal se dirige à associação do contratante com terceiros tendo por finalidade a execução do objeto contratado com a Administração pública. Não interessa a modalidade associativa e qualquer que seja será suficiente para provocar a rescisão.*

*A hipótese legal abrange, primeiramente, a associação formal e típica. Assim, por exemplo, o contratante não pode conferir, para formação do capital social de uma nova sociedade, os direitos derivados do contrato administrativo.*

*Também se apanha a associação provisória e temporária, como se passa no caso de consórcio. Ainda quando o consórcio seja admitido, as empresas consorciadas deverão comparecer à licitação já nessa condição (art. 33). Não se admite o consórcio subsequente, em hipótese alguma. Pelo mesmo motivo, **não se admite que o contratado constitua sociedade em conta de participação (prevista no art. 325 do Código Comercial) para desempenho do objeto contratado.***



(...)

*A Lei objetiva, sob outro ângulo, reprimir procedimentos fraudulentos da competição licitatória. Se ela inexistisse, os licitantes poderiam promover arranjos, após iniciada a licitação, dividindo entre si as atribuições derivadas da contratação. Poderiam pactuar que um determinado licitante seria vencedor, desde que se promovesse a associação dos demais interessados." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 561/562)*

É de registrar, nesse passo, o que previa o Edital de Concorrência em questão, no Capítulo II:

**"Não** poderão participar da presente licitação:

*a. consórcios, quaisquer que sejam as formas de sua constituição;"*

Nada mais precisa ser dito.

A fraude é cristalina. Os réus e as autoridades coniventes devem ser punidas com as sanções previstas na Lei de Improbidade.

**Trata-se de uma subcontratação clandestina e ilícita, sem a anuência do poder contratante.**

A respeito, vale a pena citar, mais uma vez, os ensinamentos do prof. Marçal Justen Filho:

*"(...) o contrato administrativo é personalíssimo por natureza. (...) A execução da prestação pelo próprio contratado não se impõe como exigência meramente subjetiva da Administração. Decorre logicamente do procedimento seletivo. Portanto e em tese, o que interessa à Administração é o recebimento de prestação exatamente idêntica àquela ofertada na proposta vencedora. A identidade do executante da prestação até pode ser irrelevante, desde que o contratado se responsabilize pela perfeição do adimplemento.*

*- Há, porém, duas questões a considerar. A primeira se relaciona com os riscos de receber uma prestação mal executada. Estes riscos conduzem a Administração a exigir que o próprio licitante desempenhe as tarefas necessárias ao cumprimento contratual. A segunda tem a ver com a própria licitação. Se o particular não dispunha de condições para executar a prestação, não poderia ter sido habilitado. Aliás, apurada a inidoneidade após ocorrida a habilitação, a Administração deve promover a rescisão do contrato.*

Daí surge a regra da impossibilidade de o contratado transferir ou ceder a terceiros a execução das prestações que lhe incumbiriam. A lei autoriza, porém, que a Administração, em cada caso, avalie a conveniência de permitir a subcontratação, respeitados limites predeterminados.

(...)Enfim, tem-se de verificar a necessidade e o intuito da Administração quando efetiva a contratação para determinar a extensão das obrigações do particular que com ela contrata e definir, caso a caso, como se caracterizará a subcontratação.

A subcontratação será admitida nos termos e limites previstos no instrumento convocatório. Ademais, será exigida comprovação da viabilidade e satisfatoriedade da subcontratação. Ainda que não estabeleça um vínculo direto e imediato entre a Administração e o subcontratado, deverá comprovar-se uma promessa de subcontratação e a idoneidade do possível subcontratado. Afinal, a subcontratação envolve riscos para a Administração Pública, os quais devem ser minimizados." (JUSTEN FILHO, op. cit., pp.546-548).

#### DA DEFINIÇÃO DE RESPONSABILIDADES

A Diretora-Executiva do PRODASEN foi quem conduziu o processo licitatório em questão e por isso deve responder pela inobservância à Lei Licitatória e pelo cometimento dos atos de improbidade:

*"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*

...

*VIII frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;*

*IX ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;*

...

*XI liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;*

*XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;"*

Como é consabido o agente público tem o dever de agir, de modo que, ao omitir-se da prática de ato de sua competência, fica sujeito à responsabilidade nas esferas penal, cível e administrativa.

Na bem lançada página de Diógenes Gasparini, extrai-se:

*"(...) As competências do cargo, função ou emprego público devem ser exercidas na sua plenitude e no momento legal. Não se compreende que o agente público pratique intempestivamente atos de sua competência, desde que ocorra a oportunidade para agir, como não se entende que só se desincumba de parte de sua obrigação ou se abstenha em relação a essa obrigação."* (in Direito Administrativo, 4ª ed. Ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 49).

Saliente-se, ainda, que tal omissão, sendo "dolosa, vale dizer, intencional, premeditada, ou culposa, ou seja, a que o agente deu causa por imprudência, imperícia ou negligência, fica ele obrigado ao ressarcimento integral do dano causado", conforme ensina Paulo Mascarenhas em sua obra Improbidade Administrativa e Crime de Responsabilidade de Prefeito - São Paulo: LED, 1999, p. 21.

Com efeito, o mero compulsar da documentação anexada a esta inicial revela com que inércia e desinteresse em relação ao dinheiro público manteve-se a Senhora Diretora-Executiva em questão.

Vale a pena transcrever, à propósito, a lição de Marino Pazzaglini Filho:

*"Agente público imprudente é o que age sem calcular as conseqüências, previsíveis para o erário, do ato que pratica. Negligente é o que se omite no dever de acautelar o patrimônio público. Tanto um como outro descumprem dever elementar imposto a todo e qualquer agente público, qual seja, o de zelar pela integridade patrimonial do ente ao qual presta serviços, à medida que trata-se de que, não sendo seu, a todos interessa e pertence.*

*De modo que o "deixar passar" esta ou aquela irregularidade, o "não examinar" determinado documento, ou "não cuidar" de uma outra providência jamais poderiam justificar a falta de diligência, a imprevisão do previsível, enfim, o desdouro no trato da coisa pública."* (in Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público - São Paulo: Atlas, 1996, p.70).

A ré em questão permitiu a celebração de cinco termos aditivos ao contrato em questão, **extrapolando** o valor do ajuste em

percentual acima do permitido em lei. Ditos termos aditivos **não** encontram quaisquer justificativas. Basta uma simples análise dos fatos e se chega facilmente a esta conclusão. Objetos **não** licitados foram incluídos; outros, substituídos sem justificativa plausível; reequilíbrios econômico-financeiros injustificáveis foram graciosamente liberados para a contratada. Em suma, atos que jamais poderiam ser esperados de um administrador público que gere o patrimônio de toda a coletividade, possuindo o dever de agir com moralidade, eficiência e economicidade no trato da coisa pública.

Por outro lado, são todos, empresas e sócios, que assinaram o espúrio instrumento de constituição de sociedade por conta de participação, responsáveis por fraude ao procedimento licitatório, tendo sido **os principais beneficiários** de todas essas ilicitudes.

O artigo 1º da Lei 8429 não deixa qualquer margem para discussão, ao afirmar que os atos de improbidade, praticados por qualquer agente público, servidor **ou não**, contra a administração pública de qualquer dos Poderes serão punidos na forma desta lei. Por outro lado, o art. 3º arremata que as disposições da referida lei são aplicáveis até mesmo àquele que, mesmo não sendo agente público, **induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, o que se aplica aos co-réus.**

A esse respeito, a responsabilidade recai em relação às condutas perfeitamente identificadas no artigo 10º da Lei 8429/92 e incisos atrás transcritos, valendo, mais uma vez, repetir os comandos do *caput*:

*"Art. 10º Constitui ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta Lei e, notadamente:"*

Vejamos a doutrina a respeito:

*"A idéia segundo a qual a execução de um contrato provocaria uma espécie de fato consumado, contra o qual nada se poderia fazer, vem sendo gradativamente substituída pela posição segundo a qual a legalidade deve ser protegida sob qualquer circunstância - o que seria feito (nos casos em que se mostre impossível a convalidação) com a declaração de nulidade de contrato ilícito, mesmo que este já tenha sido parcial ou totalmente executado.*

...

Quando a conduta do particular (ex-contratado) for caracterizada como ímproba não se pode vislumbrar pagamento de indenização pelo que já fora executado.

Essa conclusão em parte pode ser extraída da simples leitura de uma das sanções aplicáveis a particulares em virtude de ato de improbidade. Confira-se: "Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações; (...) II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; (...).

Em virtude do previsto no dispositivo acima transcrito, é de se entender que o recebimento de contraprestação por ex-contratado ímprobo não é admitido, devendo este devolver o que tenha eventualmente recebido em função da execução do contrato inválido. Caso não tenha recebido qualquer valor, por óbvio, não terá direito de reclamá-lo a título indenizatório.

...

Não é possível aplicar o princípio da proibição do enriquecimento sem causa em favor de quem agiu com má-fé comprovada. Mesmo admitindo-se que o ex-contratado tem direito a indenização nos casos de contratos inválidos até nos casos em que tenha agido culposamente (circunstância em que teria cabimento a aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa), não se pode conceber que a culpa qualificada pela má-fé mereça abrigo nesse princípio geral do Direito." (Câmara, Jacintho de Arruda, A Lei de Improbidade Administrativa e os Contratos Inválidos já Executados, in Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Editora Malheiros, p. 201-212).

A análise dos fatos descritos deve trazer um único sentimento: o de repulsa e por outro lado revela com que ousadia agem os corruptos e corruptores.

Salomão Ribas Júnior, em minucioso artigo a respeito, analisa a tipologia da corrupção, começando pela preparação da concorrência. "Nesta fase que antecede a entrega das propostas já começam a acontecer fatos e a serem praticados atos preparatórios à corrupção. É um momento importante, pois muitas licitações são decididas

previamente através de um ou de vários artifícios destinados a falsear o seu resultado. Nesta fase é que podem surgir **os acordos entre licitantes**. Esses acordos podem ser circunstanciais ou podem ser fruto de entendimentos existentes, de longa data, entre dois ou vários empreiteiros ou fornecedores de bens ao governo."<sup>3</sup>

Assim, nesta primeira fase, já antes da entrega das propostas, surgem os orçamentos impróprios, que se prestam ao favorecimento de manipulações posteriores. É muito comum também que o vencedor da concorrência já esteja estabelecido pelo grupo.

Após a entrega das propostas, segundo o autor, começa a correr um período muito interessante. Em alguns casos, são cotados preços porque se sabe de antemão que serão revistos, ou seja, o valor da proposta do participante desejado é suplementado posteriormente. Nesses casos, o contrato só se torna interessante após a suplementação do valor original.

Mas há negociações ilegais de preço também após a abertura dos envelopes da proposta. É freqüente uma outra modalidade de fraude. "Trata-se da retirada da melhor proposta, modificando-se com isso a ordem de classificação dos concorrentes". Neste caso, demite-se o proponente mais favorável para que o proponente que, desde o início, era o favorito, passe a ser eleito e assim obtenha o contrato.

Numa terceira fase, as negociações de valor chegam portanto ao valor desejado pelo favorito, desde o início. É aqui que vai entrar em cena o aditivo. Segundo Ribas Júnior, isso deve decorrer de problemas de execução de obras quando a natureza, o grau de dificuldade ou a complexidade de um item ou etapa aumentam. E esse aumento é feito mediante aditivo, sem nenhuma avaliação com as outras ofertas. "São muito freqüentes os aditivos aos contratos de obras porque a natureza do material a ser removido ou transportado é diversa da originalmente prevista. O curioso é que nunca se viu um aditivo para baixar o valor do contrato porque se encontrou rocha menos dura ou material mais fácil de ser removido. Sempre se encontra rocha mais dura e material mais difícil."

Ora, é impossível, como sugere o autor, imaginar todas essas fases sem a conivência da administração.

Se é sabido que a fraude não se presume, não se pode ignorar a força da prova indiciária.

---

<sup>3</sup> RIBAS JÚNIOR, *Corrupção Endêmica*, Editora do TCESC, pp. 245-281.

Com efeito, na hipótese em apreço, verifica-se que, na constituição da tal sociedade por conta de participação, já estava textualmente prevista a hipótese dos termos aditivos. Não fosse isso, afastou-se a melhor colocada, inabilitando-a, quando as propostas de preço haviam sido abertas. Isso levou o tempo suficiente para que o prazo de validade desta melhor proposta se esgotasse. Da mesma forma que a administração entendeu que a vencedora estava inabilitada, entendeu em seguida que deveria ser habilitada, numa sucessão de erros incompatível com a boa técnica.

Instado o Tribunal de Contas da União a respeito dos fatos, que dão ensejo à presente ação, considerou parcialmente procedente a representação do Ministério Público de Contas da União. Não se sabe, contudo, como essa análise pode ter sido feita, pois em que pese a solicitação do analista de controle externo daquele Tribunal para que todos os elementos viessem aos autos, inclusive cronograma de execução da obra e processos de pagamento, o TCU concentrou-se apenas na "anuência" da administração quanto à formação da fraudulenta associação entre as empresas Delta, Via, Contarpp e Almeida França. De fato, nenhuma palavra a respeito dos aditivos celebrados se encontra nos processos em questão.

Era óbvio que a ré, então dirigente do Prodasen, jamais viria a se auto-incriminar, sendo também muito pouco provável que existisse qualquer documento formal, nos autos, acenando para a referida "anuência".

No entanto, considerando as evidências, o TCU determinou o apensamento da referida representação a outro processo, o TC 008.173/02003-3, "onde se examinam possíveis impropriedades relativas ao Contrato no. 32/2000, bem como a determinação à Secretaria Especial de Informática do Senado Federal para que fiscalize com rigor a execução de contratos de terceiros, no sentido de se evitar a prática das **irregularidades** contidas no inciso VI, do art. 78, da Lei no. 8.666/93, por parte desses contratados."

Em pesquisa à internet, contudo, não se encontra qualquer movimentação conclusiva a respeito nos novos autos supra-citados. Esses fatos levaram o MPF a instar o TCU nos termos do ofício em anexo.

Seja como for, viu-se aqui, com base na doutrina pátria existente, que o servidor público não só responde quando age com dolo, ou quando "anui" com uma prática ilícita, mas responde também por culpa, isto é, por conduta imprudente ou negligente, isto é, também por injustificada omissão, a propósito, bastante clara nos fatos descritos nesta peça.

## DOS PEDIDOS

Isto posto, o **Ministério Público Federal** pede a citação do litisconsorte necessário **União Federal**, na pessoa de seu Advogado-Geral, no seguinte endereço: Palácio Alberto Pereira Brito – Setor de Indústrias Gráficas Sul – Qd 06 – Lote 800 – Departamento de Imprensa Nacional, Brasília-DF, para que atue ao lado do autor nesta ação.

**Requer** o autor, ademais, a citação dos réus nos endereços já referidos na presente inicial para que integrem o processo e, se for do interesse, ofereçam contestação.

**Requer**, ainda, seja julgada procedente a presente ação para **condenar** os réus nos seguintes termos da legislação de regência:

1º) a Diretora Executiva do Prodasen e todas as empresas, com os seus sócios, que agiram de forma a fraudar o procedimento licitatório, em conluio ou cooperação, às sanções do artigo 12, II da Lei 8429/92, a saber: ressarcimento integral do dano, a saber, R\$ 4.790.279,91 (quatro milhões, setecentos e noventa mil, duzentos e setenta e nove reais e noventa e um centavos); perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos por 8 anos; pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o poder público e receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos.

**Requer**, por último, o autor a **condenação** de todos os réus ao pagamento das custas processuais, diligências, perícias e verba honorária, tudo a ser oportunamente revertido aos cofres públicos.

Protesta o autor por todos os meios de prova em Direito admitidos, que serão especificados em momento oportuno.

Dá-se à causa o valor de R\$ 4.790.279,91 (quatro milhões, setecentos e noventa mil, duzentos e setenta e nove reais e noventa e um centavos), que representa a quantia paga a maior segundo apurou o MPF em perícia requisitada à Caixa Econômica Federal.

Brasília, 20 de agosto de 2004.

*Luiz Francisco F. de Souza*  
**Luiz Francisco F. de Souza**  
 Procurador da República