

GRUPO II – CLASSE V – Plenário

TC 012.583/2011-1

Natureza(s): Relatório de Auditoria

Órgãos/Entidades: Caixa Econômica Federal - MF; Departamento Penitenciário Nacional - SNJ/MJ; Governo do Estado do Acre

Responsáveis: Liliam de Paula Dias (CPF 434.333.591-72) e Átila Pinheiro de Sousa (CPF 625.001.042-49)

Interessado: Congresso Nacional

Advogado(s) constituído(s) nos autos: não informado.

SUMÁRIO: FISCOBRAS 2011. DEPEN. CAIXA. ESTADO ACRE. PT 14.421.0661.8914.0001/2011 - APOIO À CONSTRUÇÃO E AMPLIAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PENAIS. CONSTRUÇÃO DA SEGUNDA ETAPA DA PENITENCIÁRIA DE SENADOR GUIOMARD-AC. EDITAL DE LICITAÇÃO COM EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA QUE RESTRINGIRAM O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. ELEVAÇÃO DE QUANTITATIVOS, MEDIANTE ADITIVO CONTRATUAL, GERANDO SOBREPÊÇO DA OBRA. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. OITIVA PRÉVIA DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL E DA EMPRESA CONTRATADA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO, NO CURSO DO CONTRATO, DOS VALORES PAGOS A MAIOR. IRREGULARIDADES QUE NÃO JUSTIFICAM A SUSPENSÃO DO EMPREENDIMENTO. CIÊNCIA DOS FATOS À CAIXA, AO DEPEN E AO CONVENIENTE. COMUNICAÇÃO À CMO/CN. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de auditoria realizada no Departamento Penitenciário Nacional – Depen –, na Caixa Econômica Federal e no Governo do Estado do Acre, no período de 11/5/2011 a 10/6/2011, com enfoque nos procedimentos referentes à obra de construção da Segunda etapa da Penitenciária de Senador Guimard-AC, objeto do PT 14.421.0661.8914.0001/2011 - Apoio à Construção e Ampliação de Estabelecimentos Penais.

2. A presente fiscalização integra um conjunto de vinte auditorias em obras de construção e ampliação de estabelecimentos penitenciários custeadas com recursos federais.
3. Nos termos do art. 1º, §3º, inciso I, da Lei 8.443/92, reproduzo a seguir o teor principal do relatório produzido pela Secob-1 (peça 37):

(...)

2 - INTRODUÇÃO

(...)

2.2 - Visão geral do objeto

O projeto de construção da Penitenciária de Senador Guimard está dividido em duas etapas, que juntas demandarão a aplicação de aproximadamente R\$ 17 milhões. A primeira etapa, objeto do Contrato de Repasse n. 209.264-03/2006, encontra-se em fase avançada de implementação e terá capacidade de abrigar 112 presos na unidade de segurança média e 28 na segurança máxima.

Já a segunda etapa, objeto dessa auditoria, tem investimento previsto da ordem de **R\$ 12,1 milhões** e pretende criar **448 vagas** prisionais para o Estado do Acre. A obra a ser construída será composta de bloco de vivência coletiva, bloco educacional, guaritas de entrada e suspensas, bloco de oficina, serviços comuns, bloco de visita íntima, bloco de visita familiar, subestação, iluminação externa e alimentação, reservatório semi-enterrado e elevado, calçada interna, rede de incêndio, redes de abastecimento de água, esgoto e drenagem, reservatório para captação de água, estacionamento, terraplenagem do terreno, pavimentação e serralheria.

Para a operacionalização da obra foi celebrado **Contrato de Repasse n. 278.188-20/2008**, de 31/12/2008, entre a União, por intermédio do Ministério da Justiça, representado pela Caixa, e o Estado do Acre, tendo como interveniente executor o Instituto de Administração Penitenciária-Iapen, sendo **R\$ 9.032.688,16** a verba federal alocada ao ajuste.

O projeto básico de construção da 2ª Etapa da Penitenciária de Senador Guimard foi elaborado pela Secretaria de Infraestrutura e Obras Públicas-SEOP. A realização do processo licitatório, na modalidade concorrência, ficou a cargo da Secretaria de Gestão Administração-SGA, cuja solicitação de abertura foi requerida em 13/5/2011.

A contratação da obra se deu por meio do Edital de Concorrência n. 141/2009, na modalidade concorrência. O regime de execução acordado foi o de empreitada por preço unitário. Sagrou-se vencedora a empresa Etenge-Empresa de Engenharia em Eletricidade e Comércio Ltda. Em 7/12/2009, foi firmado com essa empresa o Contrato n. 083/2009 no valor de R\$ 11.026.150,48. O Segundo Termo Aditivo, datado de 10/11/2010, elevou esse montante em R\$ 1.133.964,29.

(...)

3 - ACHADOS DE AUDITORIA

3.1 - SUPERFATURAMENTO DECORRENTE DE INCLUSÃO INADEQUADA DE NOVOS SERVIÇOS.

3.1.1 - Tipificação do achado:

Classificação - grave com recomendação de continuidade (IG-C)

Justificativa de enquadramento (ou não) no conceito de irregularidade grave da LDO - O indício não se enquadra no conceito de irregularidade grave constante do art. 94, § 1º, inciso IV da Lei n. 12.309/2010 - LDO/2011, pois não foi constatado potencial risco de dano ao erário materialmente relevante.

3.1.2 - Situação encontrada:

Constatou-se um superfaturamento de R\$ 333.871,80, resultante de inclusão de itens novos no contrato n. 083/2009 com preços acima da mediana do Sinapi (Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil), em afronta ao disposto no art. 112 da Lei 12.017/2009 (LDO/2010).

O aditivo contratual celebrado em 10/11/2010 promoveu diversas alterações no contrato, [incluindo] aumento de quantitativos, exclusão de itens, bem como a inclusão de itens novos, que alcançaram 23,38% de acréscimo e 13,10% de decréscimo do valor contratual. Ao analisar os preços constantes na planilha orçamentária do aditivo, foi verificado que os quatro itens novos mais relevantes do aditivo possuem preços acima da mediana do Sinapi, conforme está demonstrado no quadro localizado após a descrição do achado.

Os itens analisados representam uma amostra de 60% do total do aditivo e apresentaram um superfaturamento percentual de 29,45% em relação ao valor total aditivado. Esse percentual ganha maior expressão devido ao fato de o desconto dado pela empresa licitante em relação ao orçamento-base da licitação ter sido irrisório, alcançando apenas 0,57%. Dessa forma, fica evidenciado que houve prejuízo ao Erário na assinatura do termo aditivo.

A jurisprudência do Tribunal já ressaltou a preocupação com a inclusão de serviços novos com preços acima do mercado, conforme afirmado nos Acórdãos TCU, ambos do Plenário, 312/2003 (item 9.2.1) e 424/2003: "18. (...), proponho determinação à Codesa no sentido de, caso se faça necessária a celebração de termos aditivos versando sobre inclusão de novos itens ou acréscimos de quantitativos de itens da obra em questão, deverão ser observados os preços praticados no mercado, podendo, na aferição dos preços unitários contratados, ser utilizada a tabela de referência do Sicro."

Vale lembrar ainda que, segundo o art. 112, §3º, Lei 12.017/2009, vigente à época da assinatura do termo aditivo, apenas em casos excepcionais devidamente justificados em relatório técnico circunstanciado, os custos unitários de insumos e serviços poderão ser superiores à mediana do Sinapi.

3.1.3 - Objetos nos quais o achado foi constatado:

(IG-C) - Contrato 083/2009, 7/12/2009, Contratação de empresa para a execução de serviços de construção da Penitenciária de Senador Guimard, BR-364, km 10 no município de Senador Guimard/AC., Etenge - Empresa de Engenharia em Eletricidade e Comércio Ltda.

Estimativa do valor potencial de prejuízo ao erário: 333.871,80

(...)

3.1.7 - Conclusão da equipe:

Dessa forma, verifica-se que houve prejuízo ao Erário na assinatura do termo aditivo analisado, fato que justifica a audiência dos responsáveis e determinação de repactuação dos preços acordados. Porém, visando o devido contraditório e a ampla defesa, deixa-se de se propor tais medidas nesse momento para promover a oitiva do órgão envolvido e da empresa contratada, para que eles possam trazer ao processo suas justificativas para a irregularidade verificada.

3.1.8 - Responsáveis:

Nome: Liliam de Paula Dias - CPF: 434.333.591-72 - Cargo: Eng.º Civil - Fiscal / SEOP (desde 1/4/2001)

Conduta: Aprovou o orçamento do aditivo contratual que continha preços acima da mediana do Sinapi.

(...)

3.2 - RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE DA LICITAÇÃO DECORRENTE DE CRITÉRIOS INADEQUADOS DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO.

3.2.1 - Tipificação do achado:

Classificação - grave com recomendação de continuidade (IG-C)

Justificativa de enquadramento (ou não) no conceito de irregularidade grave da LDO - O indício não se enquadra no conceito de irregularidade grave constante do art. 94, § 1º, inciso IV da Lei n. 12.309/2010 - LDO/2011, pois não foi constatado potencial risco de dano ao erário materialmente relevante.

3.2.2 - Situação encontrada:

O edital da Concorrência n. 141/2009, cujo objeto é a construção da Segunda Etapa da Penitenciária Senador Guimard, contempla requisitos de habilitação restritivos à competitividade do certame, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, I e no art. 30, §1º, I, ambos da Lei n. 8.666/1993. Os critérios com indícios de irregularidade apontados a seguir estão inseridos, no edital, no subitem 11.1.4 – Qualificação Técnica:

I. CERTIFICADO DE QUALIDADE

Para fins de habilitação técnica dos licitantes, o edital de licitação exigiu a apresentação de certificado de conformidade que comprovasse a adequação das empresas ao Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat (PBQP-H), Nível B.

A obrigatoriedade de apresentação desse certificado não possui amparo legal e contraria jurisprudência desta Corte, visto que não se enquadra nos quesitos estabelecidos pelos arts. 27 a 33 da Lei n. 8.666/1993. A jurisprudência deste Tribunal tem considerado ilegal a exigência de apresentação de certificação de qualidade dentre os requisitos de habilitação no certame, a exemplo dos Acórdãos 1.107/2006, 1.291/2007, 2.656/2007, 608/2008, 107/2009, 381/2009 todos do Plenário.

Além de inexistir previsão legal que obrigue a apresentação desse tipo certificado em questão, a jurisprudência do TCU considera que o "(...) processo de certificação, tanto da série ISO como do aqui tratado PBQP-H, envolve a assunção de custos por parte da empresa a ser certificada, tais como os de consultoria e modificação de processos produtivos, o que poderia representar fator impeditivo à participação no Programa ou, pelo menos, restritivo. E não só isso: o próprio tempo necessário para obter a certificação pode configurar obstáculo à participação em licitações, cujos prazos, como se sabe, normalmente são exíguos." (Acórdão 1.107/2006-TCU-Plenário).

A exigência desse certificado foi objeto de contestação pública por parte do empresariado atuante no mercado de obras do Estado do Acre. Conforme reportagem produzida pela mídia local, em 22/12/2009, logo após a homologação e adjudicação do objeto da Concorrência n. 141/2009, ocorrida em 18/11/2009, as empresas de pequeno porte do Acre estavam sendo prejudicadas nas licitações de obras públicas que mantêm a exigência de apresentação de certificado de PBQP-H, sendo favorecido apenas um pequeno grupo de grandes empresas do setor.

Em resposta ao Ofício de Requisição n. 3-394/2011, o IAPEN informa, em síntese, que a exigência de certificado do PBQP-H, Nível B, decorre do Decreto Estadual 10.176, de 11/6/2004, em que o Estado do Acre aderiu ao Programa e passou a exigir a sua inserção nas licitações de obras da administração direta e indireta, conforme dispõe o art. 9º.

Em complemento, o Iapen relata que, em 28/5/2004, foi firmado acordo entre o Estado do Acre e outras entidades, como a Caixa, a Federação das Indústrias do Estado do Acre (Fieac), o Sindicato da Indústria de Construção Civil do Acre (Sinduscon) e o Sindicato dos Pequenos e Médios Empreiteiros da Construção Civil (Sipecon), em que ficou estabelecido que a partir daquela data deveria ser exigido das empresas o termo de adesão ao PBQP-H.

Em relação às justificativas apresentadas pelo Instituto, cumpre enfatizar que o TCU já firmou entendimento, em casos análogos, segundo o qual a exigência de Certificado de Qualidade PBQP-H, como requisito para qualificação técnica dos licitantes, caracteriza irregularidade grave, por falta de amparo legal, ainda que esteja prevista em decreto estadual. No voto do ministro relator do Acórdão 381/2009- TCU - Plenário, o Tribunal tratou questão semelhante nos seguintes termos:

"10. Não obstante a existência de normativo estadual (Decreto nº 5.049/2002), que fixa a exigência de certificados do programa PBQP-H como requisitos de qualificação técnica, e a superveniência de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (TJMT), que considerou procedente a prática, não se pode afastar a apreciação deste Tribunal sobre a questão, haja vista que a obra envolve predominantemente recursos públicos federais (77,35%).

11. A Constituição Federal atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação e, nesse sentido, não pode uma norma estadual estabelecer condições conflitantes com a Lei Federal.

12. No âmbito desta Corte, a jurisprudência tem considerado ilegal a exigência de apresentação de certificação de qualidade como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, aceitando apenas a possibilidade da sua previsão no edital como critério de pontuação técnica. Nesse sentido, vale citar os recentes Acórdãos nº 1.107/2006, 1.291/2007, 608/2008, 2.215/2008, todos do Plenário.

(...)

14. A certificação de qualidade exigida na licitação em tela poderia inserir-se na qualificação técnica. Contudo, o artigo 30 da mencionada Lei elenca os documentos que poderão ser exigidos para comprovar essa qualificação, entre os quais não se incluem os certificados de qualidade. Nesse contexto, este Tribunal tem considerado ilegal a exigência de sua apresentação como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios.

15. Conforme reiteradamente tem destacado esta Corte em suas decisões, é preciso considerar, ainda, que, no âmbito federal, não foi editada lei especial que obrigue a apresentação do certificado em questão, o que afasta a possibilidade de enquadramento dessa exigência no inciso IV do supracitado artigo 30."

Desse modo, a exigência desse tipo de documento é ilegal, pois a legislação não prevê sua apresentação na fase de habilitação do processo de licitação.

II. CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL E TÉCNICO-OPERACIONAL

O edital da licitação exigiu a apresentação de atestados de responsabilidade técnica para serviços sem relevância e valor significativo como condição necessária para habilitação dos licitantes quanto à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional. De acordo com os subitens "e" e "f" do item 11.1.4, as empresas participantes deveriam demonstrar ter executado quantidades relativas a nove serviços, a saber:

- a) concreto armado c/ betoneira fck 20 mpa c/ brita;
- b) grade de proteção;
- c) portas p/ cela barra de ferro 3/4 esp. a cada 5cm;
- d) forro de pvc painéis lineares sobre est madeira c/ arremates;
- e) bacia turca c/ sifão;
- f) rede compacta trifásica;
- g) subestação;
- h) transformador trifásico 13,8kv / 225kva; e
- i) cama em alvenaria.

Constatou-se, na análise da lista apresentada, que ocorreu exigência excessiva na comprovação da execução de serviços que além de não serem tecnicamente relevantes, também não configuram parcela de valor significativo para o empreendimento, infringindo o disposto no art. 30, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

Em anexo ao final deste tópico, são demonstrados os serviços materialmente irrelevantes em comparação com orçamento total da obra, os quais se destacam os itens: (i) transformador trifásico 13,8kv/225kva ; (ii) cama em alvenaria ; e (iii) bacia turca c/ sifão , representando tão somente 0,16%, 0,06% e 0,02%, respectivamente (Vide Quadro 1 - Relevância e Valor Significativo - Concorrência n. 141/2009).

A jurisprudência uniforme desta Corte de Contas é no sentido de que a exigências relativas à qualificação técnica, quer técnico-profissional quer técnico-operacional, devem se limitar às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação e, no caso destas, restringir-se a aspectos de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia

do cumprimento das obrigações do futuro contrato (Decisão 574/2002 e Acórdãos 2.088/2004, 1.635/2007, 1.636/2007, todos do Plenário).

Especificamente quanto ao requisito de qualificação técnico-operacional, constatou-se ainda a exigência de atestados com percentuais mínimos iguais ou superiores aos quantitativos de serviços estabelecidos no orçamento da licitação. O anexo contido no final desse tópico apresenta os serviços com quantitativos mínimos excessivos em relação aos quantitativos do orçamento da obra, merecendo destaques os itens: (i) Bacia turca c/ sifão ; (ii) Cama em alvenaria ; e (iii) Forro de pvc painéis lineares sobre est madeira c/ arremates , representando, respectivamente, 187,5%, 162,50% e 151,7% (Vide Quadro 2 - Quantitativo Mínimo - Concorrência n. 141/2009).

Sobre isso, a jurisprudência do TCU considera que restringe indevidamente a competitividade dos certames a exigência excessiva de comprovação de experiência em percentual superior a 50% dos quantitativos a executar (a exemplo dos Acórdãos 1.284/2003, 2.088/2004, 2.656/2007 e 608/2008, todos do Plenário).

Por fim, destaca-se que o processo administrativo por meio do qual se processou a Concorrência n. 141/2009 não apresenta qualquer justificativa técnica nos autos do processo de licitação que mostrasse ser imprescindível a comprovação de acervo técnico desses serviços para fins de qualificação técnica.

Nesse sentido, a jurisprudência do TCU estabelece que os requisitos a serem tecnicamente demonstrados para fins de habilitação técnica devem ser justificados nos processos administrativos da licitação ou nos próprios editais. O Acórdão 63/2006-TCU-Plenário, por exemplo, determinou que: "1.1 faça juntar aos processos licitatórios os pareceres técnicos que justifiquem em detalhe as exigências de qualificação técnica dos licitantes, em especial quando envolvam requisitos de experiência na execução simultânea de mais de um item de serviço, tendo em vista que tais exigências somente podem ser impostas na estrita medida da sua compatibilidade e necessidade frente às características individuais de cada obra a licitar, nos termos do art. 38, inc. VI, da Lei no 8.666/1993".

Questionada a respeito, por meio do Ofício de Requisição n. 3-394/2011, o IAPEN manifestou-se por meio do Ofício n. 376/11/IAPEN/GAB encaminhando a justificativa da Seop que informou que a escolha dos serviços foi baseada na relevância dos serviços necessários para execução da obra, e que o valor desses serviços equivale cada um de 4 a 8% do valor global da obra. No entanto, conforme demonstrado no Quadro 1 abaixo, apenas dois serviços listados na habilitação técnica possuem percentual financeiro maior que 4%, o que demonstra a incongruência da informação apresentada.

Portanto, resta evidenciada a exigência de requisitos de qualificação técnica que infringem o art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993, e a farta jurisprudência do TCU a respeito desse tema.

III. IMPACTOS NA COMPETITIVIDADE DO CERTAME

As disposições editalícias analisadas acima causaram forte impacto na competitividade da licitação realizada para a construção da Penitenciária de Senador Guimard. A restrição ao caráter competitivo do certame é evidenciada a partir do confronto entre o número de empresas que retiraram o edital e o número de participantes da licitação.

Compulsando os autos, verifica-se que 70 empresas retiraram o edital de licitações, sendo a empresa Etenge-Empresa de Engenharia em Eletricidade e Comércio Ltda. a única participante do certame. A falta de competitividade na licitação resultou na proposta de preços com desconto irrisório de apenas 0,57% em relação ao orçamento da obra.

3.2.3 - Objetos nos quais o achado foi constatado:

(IG-C) – [Concorrência nº 141/2009 e] **Contrato 083/2009**, 7/12/2009, Contratação de empresa para a execução de serviços de construção da Penitenciária de Senador Guimard, BR-364, km 10 no município de Senador Guimard/AC, Etenge - Empresa de Engenharia em Eletricidade e Comércio Ltda.

(...)

3.2.7 - Conclusão da equipe:

Os fatos apontados fornecem fortes evidências de que as referidas exigências de qualificação técnica prejudicaram a competitividade do certame e, por conseguinte, a obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em violação ao art. 3º da Lei 8666/1993 e ao princípio constitucional da competitividade, esculpido no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988. Dessa maneira, propõe-se a audiências dos responsáveis, bem como que seja dada ciência ao órgão estadual das irregularidades verificadas.

3.2.8 - Responsáveis:

Nome: Átila Pinheiro de Souza - **CPF:** 625.001.042-49 - **Cargo:** Eng.º Civil - Gerente / SEOP (desde 1/4/2008)

Conduta: Ter elaborado **termo de referência** definindo serviços materialmente irrelevantes e com quantitativos excessivos para fins de qualificação técnica dos licitantes, conforme termo de referência da obra de construção da Penitenciária Senador Guimard.

(...)

Nome: Eduardo Nunes Vieira - **CPF:** 255.820.030-53 - **Cargo:** Secretário de Estado de Infra-estrutura e Obras Públicas (desde 1/1/2010)

Conduta: Ter **solicitado abertura de processo licitatório**, no qual ratifica as exigências ilegais e excessivas quanto à qualificação técnica dos licitantes e solicita que seja incluída nessa habilitação a exigência do Certificado de qualidade PBQP-H.

(...)

5 - CONCLUSÃO

As seguintes constatações foram identificadas neste trabalho:

Questão 3 Restrição à competitividade da licitação decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento. (item 3.2)

Questão 6 Superfaturamento decorrente de inclusão inadequada de novos serviços. (item 3.1)

Entre os benefícios estimados desta fiscalização pode-se mencionar melhoria nos procedimentos relacionados à contratação de obras públicas e a economia de R\$ 333.871,80 na repactuação do contrato assinado

Não foram identificadas irregularidades para as demais questões de auditoria.

6 - ENCAMINHAMENTO

Proposta da equipe

Ante o exposto, encaminhem-se os autos à consideração superior, propondo:

I) audiência, com fundamento no art. 43, II, da Lei 8443/1992, c/c o art. 250, IV, do Regimento Interno/TCU, do Sr. Eduardo Nunes Vieira, CPF 255.820.030-53, Secretário de Infraestrutura e Obras Públicas, para que, no prazo de quinze dias, a contar da ciência, encaminhe ao TCU razões de justificativa em virtude de ter solicitado abertura de processo licitatório da Concorrência n. 141/2009 com a inclusão de critérios de habilitação técnica restritivos à competitividade, contrariando a Constituição Federal, art. 37, XXI, a Lei 8666/1993, art. 3º, caput e §1º, I, e jurisprudência do TCU; (3.2)

II) audiência, com fundamento no art. 43, II, da Lei 8443/1992, c/c o art. 250, IV, do Regimento Interno/TCU, do Sr. Átila Pinheiro de Sousa, CPF 625.001.042-49, Gerente de obras/SEOP, para que, no prazo de quinze dias, a contar da ciência, encaminhe ao TCU razões de justificativa em virtude de ter requisitado, sem justificativa técnica, serviços materialmente irrelevantes e com quantitativos excessivos para fins de habilitação técnica dos licitantes da Concorrência n. 141/2009, contrariando a Lei 8666/1993, art. 30, §1º, I, e jurisprudência do TCU; (3.2)

III) com fundamento no art. 5º, LV, da Constituição Federal, no art. 11 da Lei 8.443/92 e na Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal, promover a oitiva do Instituto de Administração Penitenciária-Iapen e da empresa Etenge-Empresa de Engenharia em Eletricidade e Comércio Ltda, na pessoa de seus representantes legais, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, se assim o desejarem, se pronunciem acerca dos indícios de irregularidade descritos no item 3.1, que versam sobre o superfaturamento decorrente de inclusão de itens novos no aditivo com valores superiores ao Sinapi, em desacordo com os termos do art. 112 da Lei 12.017/2009;

IV) dar ciência ao Instituto de Administração Penitenciária do Acre e à Secretaria de Estado de infraestrutura e Obras Públicas do Acre sobre as seguintes impropriedades verificadas no edital da Concorrência n. 141/2009, cujo objeto era a construção de Penitenciária Senador Guimard - 2º Etapa, conforme tratado no item 3.2:

a) exigência de apresentação de certificação PBQP-H (Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat), documento não constante do rol previsto pelos arts. 27 a 33 da Lei 8666/1993 e, por este motivo, considerada exigência abusiva pela jurisprudência do TCU;

b) exigência de experiência técnico-profissional e técnico-operacional em serviços que não possuem cumulativamente maior relevância e valor significativo em relação ao total da obra, restringindo a competitividade do certame, em afronta ao art. 37, XXI, da Constituição Federal/1988 e aos arts. 3º, § 1º, I, e 30, § 1º, I, da Lei 8666/1993, bem como infringindo a jurisprudência do TCU aplicável à matéria;

c) exigência de experiência técnico-operacional em serviços com percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, restringindo a competitividade do certame, em afronta ao art. 37, XXI, da Constituição Federal/1988 e aos arts. 3º, § 1º, I, e 30, § 1º, I, da Lei 8666/1993, bem como infringindo a jurisprudência do TCU aplicável à matéria;

V) comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que não foram detectados indícios de irregularidades que se enquadram no disposto no inciso IV do § 1º do art. 94 da Lei 12.309/2010 (LDO/2011), no Contrato de Repasse n. 278.188-20/2008, relativo à Construção da Segunda Etapa da Penitenciária de Senador Guimard/AC.

4. A direção da unidade técnica endossou a proposta retro (peça 38).

É o Relatório.

VOTO

Conforme reportado pela unidade técnica, a presente auditoria apurou dois grupos de irregularidades na realização da concorrência destinada à contratação da obra de construção da segunda etapa da Penitenciária de Senador Guimard/AC, e na condução do respectivo contrato, a saber:

- **Contrato 83/2009**: superfaturamento, estimado em R\$ 333.871,80, resultante de inclusão, mediante termo aditivo, de novos itens com preços acima da mediana do Sinapi (Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil), em desacordo com as disposições do art. 112 da Lei 12.017/2009 (LDO/2010), aplicável ao termo aditivo questionado;

- **Concorrência 141/2009**: inclusão, no respectivo edital, de exigências excessivas de qualificação técnica, que restringiram o caráter competitivo do certame.

2. Em vista disso, a Secob-1 propõe a audiência dos responsáveis, em face da gravidade dos achados, bem como a oitiva prévia do Instituto de Administração Penitenciária do Estado do Acre – Iapen – e da contratada, Empresa de Engenharia em Eletricidade e Comércio Ltda. – Etenge, franqueando-lhes o direito ao contraditório e à ampla defesa.

3. No que tange às audiências propostas, acolho os fundamentos invocados pela unidade técnica para endossar suas conclusões preliminares, com duas ressalvas que passo a comentar.

4. A primeira refere-se à responsabilização do Secretário de Infraestrutura e Obras Públicas do Acre – Seop/AC, Eduardo Nunes Vieira, por ter “solicitado abertura de processo licitatório da Concorrência n. 141/2009 com a inclusão de critérios de habilitação técnica restritivos à competitividade”.

5. Depreende-se, da descrição feita no item 3.2.2-II do relatório de auditoria, que os critérios questionados no edital de licitação alusivos ao histórico de serviços prestados pelas licitantes e respectivos profissionais foram de natureza essencialmente técnica, a exigir conhecimento especializado para aferir sua adequação, ou não, como requisitos de aferição de capacidade técnica. Veja-se:

- a) concreto armado c/ betoneira fck 20 mpa c/ brita;
- b) grade de proteção;
- c) portas p/ cela barra de ferro 3/4 esp. a cada 5cm;
- d) forro de pvc painéis lineares sobre est madeira c/ arremates;
- e) bacia turca c/ sifão;
- f) rede compacta trifásica;
- g) subestação;
- h) transformador trifásico 13,8kv /225kva; e
- i) cama em alvenaria.

6. Assim, não seria razoável exigir que o Secretário de Estado verificasse a consonância desses requisitos com os ditames da Lei de Licitações e a jurisprudência deste Tribunal. Nesse passo, como o núcleo da sua conduta foi apenas o ato formal de solicitar a abertura da licitação, não vejo culpabilidade para autorizar a audiência do referido agente.

7. Também não justifica a audiência do responsável – por falta de reprovabilidade suficiente da conduta – o fato de ter registrado, na referida solicitação, a necessidade de incluir no edital a exigência, para habilitação técnica, do certificado de adequação ao Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat (PBQP-H), Nível B (peça 23).

8. Isso porque, embora esse requisito contrarie a jurisprudência deste Tribunal, conforme anotado no item 3.2.2-I do relatório de auditoria, o pedido do responsável foi calcado expressamente no Decreto 10.176/2004, norma do Poder Executivo estadual. Presume-se, portanto, que sua conduta pautou-se na boa-fé de estar seguindo o princípio da legalidade no que tange às normas estaduais.
9. Ressalvo, contudo, que essa conclusão não descaracteriza a irregularidade do procedimento, no que tange à jurisprudência desta Corte de Contas, razão por que o fato deverá ser cientificado à Seop/AC para que não se repita em licitações futuras.
10. Em face dessas considerações, deixo de acolher a proposta de audiência do Secretário de Estado de Infraestrutura e Obras Públicas do Acre – Seop/AC.
11. Situação distinta é a do Gerente de Obras da Seop/AC, Engenheiro Civil Átila Pinheiro de Sousa, responsável pela elaboração do termo de referência que definiu serviços materialmente irrelevantes e com quantitativos excessivos para fins de qualificação técnica dos licitantes, para o edital da Concorrência 141/2009, em afronta ao art. 30, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93 e à jurisprudência deste Tribunal coligida no Relatório. Portanto, assiste razão à Secob-1 ao propor a audiência do responsável, nos termos do art. 12, inciso III, da Lei 8.443/92.
12. Por outro lado, verifico que a unidade técnica, embora tenha identificado a responsabilidade da Engenheira Civil Liliam de Paula Dias, Fiscal da Seop/AC, em face da aprovação do orçamento do segundo aditivo contratual, que gerou o apontado superfaturamento (item 3.1 do relatório de auditoria e peça 34), não fez constar seu nome no rol de audiências propostas ao final da peça instrutiva. Tendo em vista que a conduta da responsável – aprovação do orçamento – foi essencial para a consumação da irregularidade, cumpre promover sua audiência, para que apresente as devidas razões de justificativa.
13. No tocante à oitiva prévia do Instituto de Administração Penitenciária – Iapen – e da empresa Etenge-Empresa de Engenharia em Eletricidade e Comércio Ltda., trata-se de medida absolutamente necessária para garantir o direito de contraditório e ampla defesa, diante da possibilidade de este Tribunal determinar a glosa de valores contratuais e outras medidas geradoras de sucumbência às partes.
14. Outro ponto a salientar é que o indício de superfaturamento apontado pela unidade técnica não justifica, por ora, nenhuma ação cautelar, haja vista que o valor total do contrato, que supera R\$ 12 milhões, comporta a eventual compensação, em pagamentos futuros, do montante ora questionado, no valor de R\$ 333 mil.
15. Portanto, acolho também conclusão da unidade técnica quanto à ausência, no caso presente, dos elementos necessários à caracterização de irregularidade grave nos termos definidos pelo art. 94, §1º, inciso IV, da Lei 12.309/2010 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2011), *in verbis*:

Art. 94. A programação constante do Projeto de Lei Orçamentária de 2011 e da respectiva Lei poderá contemplar subtítulos relativos a obras e serviços com indícios de irregularidades graves, permanecendo a execução física, orçamentária e financeira dos contratos, convênios, etapas, parcelas ou subtrechos em que foram identificados os indícios condicionada à adoção de medidas saneadoras pelo órgão ou entidade responsável e à previa deliberação da CMO.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, entendem-se por:

(...)

IV - indícios de irregularidades graves, os atos e fatos materialmente relevantes em relação ao valor total contratado que tenham potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros e que:

a) possam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato; ou

b) configurem graves desvios relativamente aos princípios constitucionais a que está submetida a administração pública.

16. Sobre as demais propostas de encaminhamento formuladas pela Secob-1, considero-as pertinentes, acrescentando apenas a necessidade de encaminhar cópia da presente deliberação também à

Caixa Econômica Federal, para efeito de fiscalização do Contrato de Repasse 278.188-20/2008, e ao Departamento Penitenciário Nacional – Depen –, para ciência das irregularidades.

Do exposto, VOTO por que seja aprovado o Acórdão que ora submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de julho de 2011.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator

ACÓRDÃO Nº 1832/2011 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 012.583/2011-1.
2. Grupo II – Classe V – Assunto: Relatório de Auditoria (Fiscobras 2011)
3. Interessados/Responsáveis
- 3.1 Interessado: Congresso Nacional
- 3.2 Responsáveis: Liliam de Paula Dias (CPF 434.333.591-72) e Átila Pinheiro de Sousa (CPF 625.001.042-49)
4. Órgãos/Entidades: Caixa Econômica Federal - MF; Departamento Penitenciário Nacional - SNJ/MJ; Governo do Estado do Acre.
5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade: Secretaria de Fiscalização de Obras 1 (SECOB-1).
8. Advogado(s): não há.

9. Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de auditoria realizada no Departamento Penitenciário Nacional – Depen –, na Caixa Econômica Federal e no Governo do Estado do Acre, no período de 11/5/2011 a 10/6/2011, com enfoque nos procedimentos referentes à obra de construção da Segunda etapa da Penitenciária de Senador Guimard-AC, objeto do PT 14.421.0661.8914.0001/2011 - Apoio à Construção e Ampliação de Estabelecimentos Penais.

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

9.1 determinar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/92, c/c o art. 250, inciso IV, do Regimento Interno deste Tribunal, a **audiência** dos seguintes responsáveis, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, apresentem a este Tribunal suas razões de justificativa, em face das condutas descritas a seguir:

9.1.1 **Liliam de Paula Dias** (CPF 434.333.591-72), Engenheira Civil Fiscal da Secretaria de Infraestrutura e Obras Públicas do Estado do Acre – Seop/AC –, por ter aprovado o orçamento do segundo aditivo do Contrato 83/2009 (peça 34), gerando um superfaturamento estimado de R\$ 333.871,80, resultante de inclusão de novos itens com preços acima da mediana do Sinapi (Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil), em desacordo com as disposições do art. 112 da Lei 12.017/2009 (LDO/2010), aplicável ao termo aditivo questionado (item 3.1 do relatório de auditoria);

9.1.2 **Átila Pinheiro de Sousa** (CPF 625.001.042-49), Gerente de Obras da Seop/AC, responsável pela elaboração do termo de referência que definiu serviços materialmente irrelevantes e com quantitativos excessivos para fins de qualificação técnica dos licitantes, para o edital da Concorrência 141/2009 (peça 35), em afronta ao art. 30, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93 e à jurisprudência deste Tribunal (item 3.2.2-II do relatório de auditoria);

9.2 nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, c/c a Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal, promover a oitiva do Instituto de Administração Penitenciária do Estado do Acre – Iapen/AC – e da empresa Etenge-Empresa de Engenharia em Eletricidade e Comércio Ltda., na pessoa de seus representantes legais, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, se assim o desejarem, manifestem-se sobre indícios de irregularidades descritos no item 3.1 do relatório de auditoria focado neste Acórdão, que denotam a ocorrência de superfaturamento gerado pela inclusão de itens novos no segundo termo aditivo ao Contrato 83/2009, com valores superiores aos

definidos no Sistema Sinapi, em desacordo com as disposições do art. 112 da Lei 12.017/2009 (LDO/2010);

9.3 dar ciência ao Instituto de Administração Penitenciária e à Secretaria de Infraestrutura e Obras Públicas, ambos do Estado do Acre, sobre as seguintes irregularidades verificadas no edital da Concorrência 141/2009, voltada à contratação da obra de construção da Penitenciária de Senador Guimard - 2º Etapa (item 3.2 do relatório de auditoria):

9.3.1 exigência de apresentação, pelos licitantes, de certificação PBQP-H (Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat), documento não previsto nos arts. 27 a 33 da Lei 8666/1993, constituindo procedimento em desacordo com o art. 30, §5º, da mesma lei e a jurisprudência deste Tribunal;

9.3.2 exigência, dos licitantes, de experiência técnico-profissional e técnico-operacional em serviços que não possuem cumulativamente maior relevância nem valor significativo em relação ao total da obra, e em percentuais mínimos superiores a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância, procedimento que restringiu a competitividade do certame, além de afrontar às disposições do inciso XXI, *in fine*, do art. 37, da Constituição Federal, e dos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 1º, inciso I, *in fine*, da Lei 8.666/1993, bem como à jurisprudência deste Tribunal;

9.4 encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam:

9.4.1 à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, para ciência, informando que não foram detectados indícios de irregularidades que se enquadrem no disposto no inciso IV do § 1º do art. 94 da Lei 12.309/2010 (LDO/2011), no Contrato de Repasse 278.188-20/2008, relativo à obra de construção da segunda etapa da Penitenciária de Senador Guimard, no Estado do Acre;

9.4.2 ao Instituto de Administração Penitenciária e à Secretaria de Infraestrutura e Obras Públicas, ambos do Estado do Acre, bem como ao Departamento Penitenciário Nacional, para ciência;

9.4.3 à Caixa Econômica Federal, para subsidiar a fiscalização do Contrato de Repasse 278.188-20/2008, referente à obra de construção da segunda etapa da Penitenciária de Senador Guimard, no Estado do Acre.

10. Ata nº 28/2011 – Plenário.

11. Data da Sessão: 13/7/2011 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1832-28/11-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (na Presidência), Raimundo Carreiro (Relator) e José Jorge.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)

AUGUSTO NARDES

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral, em exercício