

GRUPO II – CLASSE V – Plenário

TC 006.576/2011-7 [Apenso: TC 025.019/2010-4]

Natureza: Relatório de Auditoria

Órgãos: Ministério do Turismo; Prefeitura de Manaus - AM

Responsáveis: Américo Gorayeb Junior (075.701.202-72); Eraldo Bandeira Machado (229.415.842-34); Prefeitura de Manaus - AM (04.365.326/0001-73)

Interessado: Congresso Nacional.

Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. OBRAS DE URBANIZAÇÃO E REVITALIZAÇÃO DA PRAIA DE PONTA NEGRA, EM MANAUS/AM. EMPREENDIMENTO FINANCIADO COM RECURSOS DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A UNIÃO, POR MEIO DO MINISTÉRIO DO TURISMO, E O MUNICÍPIO DE MANAUS/AM. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES COM PROPOSTA DE CONTINUIDADE DO EMPREENDIMENTO. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME LICITATÓRIO, EM DECORRÊNCIA DE EXIGÊNCIAS DE HABILITAÇÃO TÉCNICA INDEVIDAS. PROJETO BÁSICO DEFICIENTE. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO PARCIAL DAS JUSTIFICATIVAS. MULTA. UTILIZAÇÃO DE RECURSOS PARA FINALIDADES ESTRANHAS AO OBJETO DO AJUSTE CONVENIAL COM PROVEITO A FUNDO MUNICIPAL, EM DESACORDO COM A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. OITIVA DO ENTE FEDERATIVO. NÃO ACOLHIMENTO DAS MANIFESTAÇÃO DO MUNICÍPIO. OUTROS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE IDENTIFICADOS PELA CGU. DETERMINAÇÃO AO MINISTÉRIO DO TURISMO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de Relatório de Auditoria realizada entre 23/3/2011 e 13/5/2011, na etapa 1 das obras de Urbanização e Revitalização da praia de Ponta Negra, em Manaus/AM, em cumprimento ao Acórdão 564/2011-TCU-Plenário, objeto do Fiscobras 2011.

O escopo da fiscalização abrange os serviços de demolição de parte das estruturas existentes; construção de praças, mirantes, anfiteatro, espelho d'água e banheiros; implantação de calçadão e canteiros com arborização e jardinagem; instalação de redes de água fria, esgoto, drenagem de águas pluviais, telefonia e iluminação; construção de abrigo para subestação e de uma pequena estação de tratamento de esgoto. Além desses serviços, também está prevista a execução de um aterro hidráulico e de um muro de arrimo, os quais irão permitir a existência de uma faixa de praia permanente de 30 metros, mesmo nos períodos de maior cheia do Rio Negro.

As obras são custeadas com recursos do Convênio 704.862/2009, firmado entre o Ministério do Turismo e a Prefeitura de Manaus/AM, em 15/09/2009 e vigência prorrogada para 28/9/2011, tendo como interveniente executor a Secretaria Municipal de Infraestrutura. O valor total

do ajuste foi de R\$ 23.000.000,00, dos quais R\$ 22.080.000,00 (96%) são recursos da União e R\$ 920.000,00 (4%) assumidos como contrapartida do Município de Manaus/AM.

A execução do empreendimento está a cargo da empresa Mosaico Engenharia e Comércio Ltda., contratada pela Prefeitura de Manaus/AM por meio do Contrato 023/2010, ao preço de R\$ 29.085.368,79.

À época da vistoria realizada pela equipe de auditoria, em 27/04/2011, apenas 29% da obra havia sido executada, faltando aproximadamente 4 meses para a data prevista para conclusão (10/08/2011).

Em instrução inicial (peça 28), foram identificados os seguintes achados de auditoria:

- Achado 3.1. - Restrição à competitividade da licitação decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento, verificados no Edital de Concorrência 15/2010, destinado a contratação dos serviços de realização das obras de Urbanização e Revitalização da praia de Ponta Negra;

- Achado 3.2. - Projeto básico deficiente ou desatualizado, em razão das alterações realizadas no método executivo do serviço aterro hidráulico, decorrente de insuficiência/inadequação dos estudos geotécnicos realizados para execução das obras do empreendimento;

- Achado 3.3 - Desvio de objeto na execução do convênio (ou instrumento congênere), importando transferência de recursos de uma categoria de programação para outra;

- Achado 3.4 - Cláusulas contratuais em desacordo com os preceitos da Lei 8.666/93, tendo em vista a fixação critério de medição de serviços incompatível com o regime de execução das obras.

No achado 3.1, foram apontadas as seguintes irregularidades no Edital de Concorrência 15/2010 (peça 15): impossibilidade de utilização de contrato de prestação de serviço para a habilitação técnica (item 8.4.1 do edital); exigência genérica de qualificação técnica e limitações no número de atestados (itens 8.3.1 e 8.3.2 do edital); obrigatoriedade de realização de visita técnica (item 8.5 do edital); e exigência de certificação de PBQP-H (item 8.8 do edital).

No achado 3.2, a deficiência no projeto básico decorre de alterações realizadas no método executivo do serviço de aterro hidráulico, motivadas pela insuficiência e inadequação dos estudos geotécnicos realizados pelo órgão municipal. Segundo o Relatório de Auditoria, a empresa Mosaico Engenharia (executora da obra) contratou a empresa Coneresonda Engenharia e Tecnologia Ltda. para estimar o potencial da jazida de areia contida na área frontal à praia de Ponta Negra, a qual seria destinada à execução do aterro.

Por meio de sondagem realizada pela Coneresonda (p. 27 a 63, peça 45), foi comprovado que a camada de areia encontra-se abaixo de uma camada de argila orgânica, escura, e de consistência mole a muito mole, com espessura variando entre 9 e 14 metros. Segundo os estudos, essas características não recomendariam a dragagem da areia, pois haveria a possibilidade de esse material orgânico de baixa coesão desmoronar sobre as mangueiras de sucção misturando-se à areia.

Ainda em relação ao achado 3.2, ao tempo da fiscalização realizada pelo TCU, não havia sido formalizado aditivo contratual para o serviço de transporte da areia destinada à execução do aterro hidráulico da praia de Ponta Negra, juntamente com as referências de custos adotadas para esse transporte que demonstrassem a compatibilidade com os valores de mercado.

No achado 3.3, a cláusula décima oitava, parágrafo sétimo, do Contrato 023/2010 (peça 27), firmado entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura (Seminf) e a empresa Mosaico Engenharia e Comércio Ltda, estabelece a obrigação de a Prefeitura de Manaus reverter 1% do valor total de cada pagamento ao Fundo Municipal de Fomento a Micro e Pequena Empresa (Fumipeq), em razão do que determina o art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332, de 19 de maio de 2009.

Ainda no achado 3.3, a equipe de auditoria indica importante julgado do Tribunal de Justiça da Paraíba [Incidente de Inconstitucionalidade nº 200.2008.037123-6/002-CAPITAL], em que foi acolhido arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 3º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º da Lei Estadual 7.947/2006. Referido normativo, de forma equivalente ao que ocorre em Manaus, criava tributo denominado Taxa de Processamento da Despesa Pública (TPDP), que tinha como fato gerador o pagamento a credores do ente, em razão de contratos de Obras Públicas, Prestação de Serviços e/ou fornecimento de equipamentos e outros.

Por fim, no achado 3.4, foi registrada previsão no Contrato 023/2010 (peça 27), firmado entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura (Seminf) e a empresa Mosaico Engenharia e Comércio Ltda., de critério de medição de serviços incompatível com o regime de execução de empreitada por preço global determinado pelo Edital de Concorrência 015/2010 (peça 15).

O Relatório de Auditoria classificou os achados 3.1 e 3.2 como Irregularidade Grave com recomendação de continuidade (IG – C) e propôs, preliminarmente, a audiência dos responsáveis:

- ERALDO BANDEIRA MACHADO, Presidente da Comissão de Licitação da Concorrência 015/2010-CL-SEMINF/PM, por haver elaborado o edital do certame com cláusulas restritivas à concorrência consubstanciadas na impossibilidade de comprovação da qualificação técnico-profissional por meio de contrato de prestação de serviço, nas exigências genéricas de qualificação técnica da licitante, nas limitações no número de atestados para a comprovação técnico-operacional e nas exigências relativas às visitas técnicas obrigatórias e à apresentação de certificados de PBPQ-H, que não se enquadram na legislação em vigor, bem como na jurisprudência deste Tribunal, conforme tratado no item 3.1 do Relatório de Auditoria;

- AMÉRICO GORAYEB JUNIOR, Secretário Municipal de Infraestrutura de Manaus/AM, por haver aprovado o projeto básico para a obra de Ponta Negra com insuficiência/inadequação dos estudos geotécnicos para a realização do serviço de aterro hidráulico, quando deveria ter se certificado da precisão dos projetos aprovados, conforme tratado no item 3.2 deste relatório.

Os demais achados de auditoria (3.3 e 3.4) foram classificados como Outras Irregularidades (OI). O achado 3.3 ensejou a oitiva prévia da prefeitura de Manaus para que se manifestasse acerca da aplicação indevida de recursos do Convênio 704862 no Fundo Municipal de Fomento à Micro e Pequena Empresa (Fumipeq).

Em relação ao achado 3.4, a proposta da Unidade Técnica foi de, no mérito, dar ciência à Secretaria Municipal de Infraestrutura de Manaus/AM que foi verificada a utilização de critério de medição mensal incompatível com o regime de execução por preço global determinado pelo edital de licitação n. 015/2010-CL-SEMINF/PM, conforme art. 6º, inciso VIII, alínea a, da Lei 8.666/93.

Realizadas as medidas preliminares, a Secretaria de Fiscalização de Obras de Infraestrutura Urbana produziu o seguinte exame técnico:

“17. Os Srs. Eraldo Bandeira Machado e Americo Gorayeb Junior apresentaram, em resposta às audiências, suas razões de justificativa (peça 41), por eles firmadas. Posteriormente, a Prefeitura de Manaus – AM apresentou o Ofício n. 941/2011-GPG/PGM, lavrado pelo então Subprocurador Geral Adjunto do Município (peça 48), como resposta à oitiva. Adiante, segue a análise das manifestações na ordem em que os achados foram apresentados em relatório.

I. Achado 3.1 - Restrição à competitividade da licitação decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento.

a) Impossibilidade de utilização de contrato de prestação de serviço para a habilitação técnica.

Situação encontrada

18. Conforme apontado pela equipe de auditoria, o edital da Concorrência 15/2010 (peça 15) não admite contratos de prestação de serviço para a qualificação técnico-profissional das licitantes, estando em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal. A seguir, transcreve-se a cláusula do edital que trata desse tema: “8.4.1. Não será admissível, em nenhuma hipótese, contrato de prestação de serviços em regime temporário ou por empreitada como prova satisfatória de vínculo do profissional com a empresa.” (grifo nosso).

Manifestação do Sr. Eraldo Bandeira Machado

19. O Sr. Eraldo afirma que:

para efeitos de comprovação de qualificação técnico operacional não se pode admitir qualquer contrato regido pela legislação civil, firmado entre o profissional e o licitante, e nem fora essa a inteligência exposta nos arestos do TCU, mas também nestes precedentes não se delimitou o alcance do termo ‘contrato regido pela legislação civil comum’ (peça 41, p. 3).

20. Alega que “o item do instrumento convocatório apontado como ilegal não afasta a possibilidade de apresentação de contrato regido pela legislação civil comum, mas apenas aqueles ‘em caráter temporário’ ou por ‘empreitada’ (peça 41, p. 3)”.

21. Ademais, aduz que:

devido à natureza dos contratos administrativos ser *intuitu personae* que se esclareceu no instrumento convocatório a vedação quanto à restrição ao contrato de empreitada. O contrato por prazo determinado englobaria inclusive aqueles trabalhistas de duração por apenas 90 (noventa) dias ou outros que não refletissem segurança para a Administração dos serviços públicos. Neste sentir, a preocupação maior dos Gestores é com o princípio da eficiência (peça 41, p. 3).

22. Informa que:

a prática de coerção do contratado para substituição do técnico, sob pena de aplicação de qualquer medida prevista contratualmente, já está ultrapassada. Além disso, aplicar pena ao contratado, por insuficiência de qualificação técnica durante a execução do contrato não resulta necessariamente na execução contratual. Deve ser abolida essa tendência punitiva para se avançar para critérios de interpretação alicerçados na prevenção (peça 41, p. 3 e 4).

23. Por fim, argumenta que:

o item 8.4, do Edital da Concorrência Pública n. 15/2010 - CL/SEMINF está patente o que se considera como sendo do ‘quadro permanente’: a) empregado; b) sócio; c) diretor; d) responsável técnico. Assim, a figura do responsável técnico não se confunde com a do empregado, sócio ou diretor, nada impedindo que o mesmo seja considerado do quadro permanente através de contrato regido pela legislação civil comum. Tanto é verdade que para o responsável técnico, a única exigência prevista no edital é a apresentação de ‘cópia da certidão expedida pelo CREA da Sede

ou da Filial da Licitante onde consta o registro do profissional como responsável técnico da licitante' (peça 41, p. 4).

Análise

24. Primeiramente é importante deixar claro que a jurisprudência desse Tribunal de Contas é farta quanto ao tema aqui tratado, conforme verifica-se nos Acórdãos 2297/2005-TCU-Plenário, 597/2007-TCU-Plenário, 2.553/2007-TCU-Plenário, 141/2008-TCU-Plenário, 2.382/2008-TCU-Plenário e 1.043/2010-TCU-Plenário.

25. Depreende-se desses julgados que as exigências de qualificação técnico-profissional não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a competitividade das licitações. Dessa forma, o essencial é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato e, para tanto, um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum, é o suficiente.

26. Além disso:

esse posicionamento encontra guarida no entendimento segundo o qual a Constituição Federal somente autoriza exigências que configurem um mínimo de segurança. Portanto, não há de se admitir exigências que vão além disso com base no argumento de que a segurança da Administração restaria ampliada, na medida em que o máximo de segurança corresponderia, inequivocamente, ao máximo da restrição. E essa não é a solução proclamada pela Carta Magna (Acórdão nº 2297/2005-TCU-Plenário).

27. A seguir, trecho de decisão do Acórdão 1043/2010-TCU-Plenário, no qual esse Tribunal reafirma a decisão anterior do Acórdão 2297/2005-TCU-Plenário.

9.2. com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Gerência Executiva do INSS em Belém/PA que, doravante, a respeito da avaliação da capacidade técnico-profissional a que se refere o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, abstenha-se de exigir que a comprovação de vínculo trabalhista entre o profissional e a empresa se dê exclusivamente por meio de relação empregatícia ou societária, e passe a admitir que tal comprovação possa ser feita mediante contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum; (grifo nosso)

28. Com efeito, as justificativas apresentadas pelo responsável não podem prosperar, tendo em vista que a jurisprudência desse Tribunal não faz qualquer restrição quanto à utilização de contrato de prestação de serviço temporário ou por empreitada, como forma de comprovar a qualificação técnico profissional dos licitantes.

29. Conforme bem preconizou o Sr. Eraldo, essa Corte de Contas “não se delimitou o alcance do termo ‘contrato regido pela legislação civil comum’”, não tendo o que se questionar a clareza dos Acórdãos desse tribunal, quanto a isso. Ademais, se a intensão do tribunal fosse restringir seus julgados a determinados contratos de prestação de serviço, assim teria feito, por meio dos diversos Acórdãos proferidos ao longo do tempo.

30. Também não devem ser acolhidos os argumentos de que a única exigência prevista no edital é a apresentação de “cópia da certidão expedida pelo CREA da Sede ou da Filial da Licitante onde consta o registro do profissional como responsável técnico da licitante” (peça 41, p. 4). Ora, o item 8.4.1 é claro quanto à proibição de contratos de prestação de serviço em caráter temporário ou por empreitada. Dessa forma, não resta dúvida que o Edital, nesse ponto, restringiu a competitividade da licitação.

31. Por fim, os outros argumentos apresentados pelo responsável não guardam relação direta com a constatação apontada no relatório e, portanto, não serão objeto de análise.

b) Exigência genérica de qualificação técnica e limitações no número de atestadosSituação encontrada

32. Quanto à exigência genérica de qualificação técnica, o item 8.3.2 do Edital de Concorrência 15/2010 (peça 15) determina que a licitante comprove, por meio de atestado de capacidade técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA, a execução de obra com área construída de no mínimo 4.000 m². Entretanto, não foram especificados quais serviços (elementos qualitativos) poderiam comprovar essa desejada experiência. Segundo a equipe de auditoria, o atestado requerido seria genérico e não permitiria concluir sobre a qualificação dos participantes. Por exemplo, um licitante poderia comprovar a execução de 4.000 m² de construção de obras de estrutura metálica, serviço que não será executado no âmbito desse contrato.

33. Já no que se refere à limitação do número de atestados, o item 8.3.2 determina que os 4.000 m² de obra sejam comprovados por meio de um único contrato e o item 8.3.1 fixa o limite máximo de três contratos para a comprovação de qualificação técnico-operacional dos serviços de concreto estrutural, armação com aço CA-50/60, estrutura metálica, forma e estação de tratamento de esgoto.

Manifestação do Sr. Eraldo Bandeira Machado

34. Em relação à exigência genérica de qualificação técnica prevista no item 8.3.2 do Edital de Concorrência 15/2010, o Sr. Eraldo explica que “a comprovação se refere às parcelas de maior relevância previstas no instrumento convocatório. A própria descrição da obra, com seu memorial de cálculos, desenhos, cronograma e composição de custos servem de referencial para o licitante (p. 4, peça 41)”. Acrescenta ainda que “seria desnecessário especificar no edital que a comprovação de obra com área construída de, no mínimo, 4.000 m² seria para fins de revitalização da Ponta Negra (p. 4, peça 41)”.

35. Ainda no que se refere ao ponto anterior, o responsável explica que essa questão, suscitada no Relatório de Fiscalização, apresenta um dilema: se houvesse a especificação de experiência técnica, haveria acusação de direcionamento do objeto da licitação. A ‘execução de obra com área construída de no mínimo 4.000 m²’ enseja maior capacidade competitiva e maior potencial de interessados (p. 4, peça 41).

36. Quanto às limitações do número de atestados previstas nos itens 8.3.1 e 8.3.2 do edital, o Sr. Eraldo se limitou a falar sobre o item 8.3.1 e argumentou que:

há de se evidenciar que o item em questão (8.3.1 - Edital) tratada especificamente de qualificação técnica operacional. O § 5º, do artigo 30, da Lei Federal nº 8.666/93, se refere a exigência compatível em tempo ou época ou locais específicos. Ora, se o próprio Relatório de Fiscalização concluiu que o instrumento convocatório estava carente de informações quanto à obra com área construída de, no mínimo, 4.000 m², como pode alegar que se exigiu tempo ou época ou locais específicos para comprovação? Tais descrições de tempo ou lugar não se encontram no item 8.3.1 do Edital (p. 5, peça 41).

37. A seguir, o responsável explica que:

a comprovação de se ‘ter executado serviços compatíveis com o objeto licitado, considerando as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, e nas quantidades mínimas especificadas’ está assente com o entendimento da doutrina especializada. Assim, mesmo que existissem as delimitações alegadas no Relatório de Fiscalização (temporal e local), mostra-se equivocado o entendimento ali exposto de ser excessivo o meio pelo qual se buscou a configuração da capacidade técnica operacional, visto que o quadro expressa, ainda, as parcelas de maior relevância e a letra editalícia se mostra plenamente assente com a jurisprudência do TCU (p. 5 e 6, peça 41).

38. Ainda, no que se refere à exigência de três atestados para a hipótese prevista no item 8.3.1 do Edital 15/2010, o Sr. Eraldo esclarece que bastaria observar a envergadura da obra, mediante análise do seu projeto básico, para verificar que a exigência seria razoável. Ademais, apresenta trecho do Voto Conductor do Acórdão 2079/2005-TCU-1ª Câmara, de Relatoria do Ministro Marcos Bemquerer Costa, e argumenta que não se está exigindo comprovação de experiência mediante um único atestado, mas sim permitindo um quantitativo razoável para a demanda exigida no caso concreto.

39. Por fim, conforme sobredito, o Sr. Eraldo não teceu comentários quanto à exigência de um único contrato para comprovar a execução de obra com área construída de no mínimo 4.000 m², conforme previsto no item 3.1.2 do Edital de Concorrência 15/2010.

Análise

40. Primeiramente cabe observar que a análise da manifestação se dará apenas sob os dois aspectos que foram levantados no relatório de auditoria: 1) exigência genérica de qualificação técnica (item 8.3.2 do Edital 15/2010) e 2) limitação no número de atestados (itens 8.3.1 e 8.3.2). Essa observação se deve à apresentação, pelo responsável, de outras alegações não relacionadas com as irregularidades apontadas pela equipe de auditoria.

41. Quanto ao primeiro aspecto - exigência genérica de qualificação técnica -, é importante verificar como o edital trata o assunto. Para isso, segue cópia integral dos itens 8.3 e 8.3.2 do Edital de Concorrência 15/2010.

8.3. A Licitante deverá comprovar, conforme constante do Projeto Básico, sua Capacidade Técnico-Operacional em execução de obras semelhantes às especificadas, através de Atestado de Capacidade Técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA, que comprove a execução de serviços objeto da presente licitação.

(...)

8.3.2. A Licitante deverá comprovar, através de Atestado de Capacidade Técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA, a execução, em um mesmo contrato, de obra com área construída, de no mínimo de 4.000 m². (grifo nosso)

Conforme sobredito, o relatório questiona que o edital não especificou qual tipo de obra deve se referir os atestados de obra construída de 4.000 m². Mas analisando bem os itens do edital, verifica-se que o item 8.3.2 faz parte do item 8.3 e, esse último, especifica que são “obras semelhantes às especificadas” e mais à frente explica que o Atestado de Capacidade Técnica deve comprovar “a execução de serviços da presente licitação”. (grifo nosso)

42. Portanto, não é demais considerar que o edital está atendendo aos requisitos legais da Lei 8.666/93 e, conseqüentemente, acolher as razões de justificativa do Sr. Eraldo, no que se refere a esse ponto.

43. Já quanto ao aspecto de limite máximo de atestados para fins de qualificação técnico operacional, é importante destacar como a Lei 8.666/93 aborda o tema e como esta Corte de Contas tem se manifestado sobre o caso.

44. No que concerne à abordagem da Lei 8.666/93, o § 5º do art. 30 dispõe que é vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação. (grifo nosso)

45. Portanto, percebe-se que a Lei 8.666/93 não só veda exigências de atividades com limitações de tempo ou de época como também de quaisquer outras não previstas naquela Lei, que inibam a participação na licitação. Dessa forma, segundo o relatório de auditoria, a exigência de um número máximo de atestados fere o estabelecido na parte final do § 5º do art. 30 da Lei 8.666/93, tendo em vista que impõe a apresentação de apenas um contrato para comprovar os 4.000m² de obra (item 8.3.2 do Edital 15/2010) e de três contratos (item 8.3.1 do Edital 15/2010) para a comprovação de qualificação técnico-operacional dos serviços de concreto estrutural, armação com aço CA-50/60, estrutura metálica, forma e estação de tratamento de esgoto.

46. Percebe-se que, ao final, a Lei não é taxativa a ponto de descrever todas as exigências capazes de restringir a competitividade da licitação. Nesse mesmo sentido e visando estabelecer um mínimo de regramento quanto à possibilidade ou não de fixação de limite máximo de atestados, esse Tribunal tem se manifestado no sentido de que, regra geral, é proibida a exigência de um limite máximo de atestados para comprovar a qualificação técnica. Contudo, caso a natureza e a complexidade técnica da obra ou do serviço mostrem indispensáveis tais restrições, deve a Administração demonstrar a pertinência e a necessidade de estabelecer limites ao somatório de atestados ou mesmo não permiti-lo no exame da qualificação técnica do licitante.

47. No caso do item 8.3.1, foi apresentada exigência de um máximo de três atestados para comprovar os quantitativos dos serviços de concreto estrutural, armação com aço CA-50/60, estrutura metálica, forma e estação de tratamento de esgoto). Verifica-se no caso concreto que são serviços relevantes para a obra e que o somatório de um número indefinido de atestados poderia descaracterizar a capacidade técnica da empresa licitante. Veja-se que, construir uma edificação com 100 mil m³ de concreto exige uma expertise técnica superior que para a construção de 100 mil edificações com mil m³ de concreto. Daí a pertinência de se limitar esse somatório.

48. Ademais, há precedentes desta Corte permitindo, em caráter excepcional, a limitação à quantidade de atestados:

No que diz respeito à comprovação de qualificação técnica ao máximo de três contratos para cada subitem, vedado o somatório, a unidade instrutiva, ante os novos fatos trazidos aos autos, entende que excepcionalmente poderia se aceitar tal restrição, em especial por tratar-se de obra de grande porte, onde, em um único empreendimento, são realizados simultaneamente trabalhos que atingem áreas distintas da engenharia civil. (Acórdão 1229/2008-Plenário, voto do Ministro Relator).

49. Destarte, para o conjunto da obra, entende-se que não é desarrazoada a exigência de um máximo de três atestados para esses serviços.

50. De acordo com apresentação feita na etapa de estudos preliminares (peça 59, p. 24) pode-se verificar que a área de intervenção da obra é da ordem de 20.000 m². A jurisprudência do TCU tem considerado razoável, para efeitos de habilitação técnica, exigências de quantitativos e serviços de até 50% do previsto para a obra (Acórdãos 2088/2004 e 1284/2003, ambos do Plenário do TCU).

51. Dessa forma, considera-se que o limite de apenas um atestado para comprovar a execução de obra semelhante de no mínimo 4.000 m² (item 8.3.2 do Edital) é também razoável.

c) Obrigatoriedade de realização de visita técnica

Situação encontrada

52. *O item 8.5 do Edital de Concorrência 15/2010 (peça 15) determinou que as licitantes realizassem visitas técnicas obrigatórias para efeito de habilitação.*

Manifestação do Sr. Eraldo Bandeira Machado

53. *Segundo o Sr. Eraldo:*

as visitas ao local da execução se destinam especificamente a garantir que a Administração Pública venha a ser instada pelo contratado por fatores inerentes ao espaço destinado à execução. Assim, a visita técnica por responsável pela licitante garante para a Administração Pública segurança de futura alegação de desconhecimento do objeto da execução (p. 7 e 8, peça 41).

54. *Adiante, o responsável explica que:*

em determinados casos, a visita técnica se reveste de elemento necessário não só para a segurança, mas para aproveitamento potencial das condições do espaço. Não é demais ressaltar que a obra compreende um leque de atividades que abrangem inúmeras atuações práticas e conhecimentos de engenharia avançada, pois se trabalha o paisagismo, acústica, urbanismo, estrutura, acabamento, revitalização, sensibilidade social e econômica. Diante dessa realidade, há situações que exigem da Administração Pública uma preocupação maior para fazer com que a obra seja compreendida em sua inteireza. Nas visitas técnicas, não se colhe apenas a ciência do interessado quanto ao local, mas lhe é oportunizado o questionamento e explicações sobre o conceito, sem qualquer avanço em relação ao objeto ou preço, mas sim em vista da concepção da ideia (p. 8, peça 41).

Análise

55. *Quanto a essa irregularidade apontada no relatório de auditoria, essa Corte de Contas já se pronunciou no sentido de que é irregular a exigência de visita técnica aos locais das obras (Acórdãos 1948/2011, 3119/2010, 3197/2010, 2583/2010, 2477/2009, 874/2007, todos do Plenário/TCU e Acórdãos 1450/2009-TCU-2ª Câmara e 2028/2006-TCU-1ª Câmara).*

56. *Depreende-se das decisões acima relacionadas que o estabelecimento de data específica para realização de visita técnica, mesmo na hipótese de não ser ela obrigatória, compromete o caráter competitivo do certame e favorece a formação de acertos prévios entre licitantes. O caráter facultativo dessa visita demanda, também, em análise precária, a inserção, no edital, de cláusula que estipule ser da responsabilidade do contratado a assunção de eventuais prejuízos decorrentes da opção de não realizá-la.*

57. *Dessa forma, as alegações apresentadas pelo Sr. Eraldo não merecem ser acolhidas, já que a exigência de visita técnica está em desacordo com a jurisprudência consolidada do TCU.*

d) Exigência de certificação de PBQP-H

Situação encontrada

58. *O item 8.8 do Edital de Concorrência 15/2010 determina que as licitantes apresentassem certificado nível “A” do PBQP-H – Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade no Habitat, no Município de Manaus, na especialidade técnica de Execução de Obras de Construção Civil nos escopos de execução de obras de edificações, saneamento básico, viárias e de arte especiais.*

59. *A inserção desse critério de qualificação no edital se deveu ao cumprimento do inciso III, do art. 4º, do Decreto Municipal n. 8.813 de 24/1/2007, da Prefeitura de Manaus.*

60. *Importa acrescentar que, em consulta ao site do Ministério das Cidades (http://www.cidades.gov.br/pbqp-h/projetos_siac_empresas.php), constatou-se que, das cinco empresas que adquiriram o edital (Mosaico Engenharia Ltda., Construbase Engenharia Ltda., Construções e Comércio Camargo Correa S/A, Delta Construções S/A e Construcap – CCPS Engenharia e Comércio S/A), apenas a primeira possuía esse certificado.*

Manifestação do Sr. Eraldo Bandeira Machado

61. *O Sr. Eraldo aduz que o Município de Manaus, mediante o Decreto 8.813/2007, estabeleceu como obrigatória a apresentação de registro de licitantes no PBQP-H. Dessa forma, pelo princípio da legalidade, se viu impedido de não exigir a certificação considerada restritiva.*

62. *O responsável acrescenta ainda que:*

não pode ser constatado dolo do Gestor em fazer tal exigência, já que embasada na legalidade estrita da época, determinando-se, ainda, que a envergadura da obra indica que apenas empresas com ampla preocupação com a qualidade poderiam participar do certame, o que afasta a alegação de comprometimento do caráter competitivo (p. 9, peça 41).

63. *Por fim, o Sr. Eraldo argumenta que:*

com base nas informações do Ministério das Cidades, a Região Norte do Brasil é a que possui o maior percentual de empresas certificadas no Nível A, do PBQP-H, com 87% (oitenta e sete por cento) de certificações. Assim, com dados oficiais do próprio Ministério das Cidades, fica patente que o índice de empresas certificadas na Região Norte não resulta em comprometimento do caráter competitivo do certame (p. 9 e 10, peça 41).

Análise

64. *A jurisprudência do TCU, quanto ao caso em tela, é no sentido de que é ilegal a exigência de certificação PBQP-H para o fim de qualificação técnica, a qual, contudo, pode ser utilizada para pontuação técnica. Dessa forma, tanto a Constituição Federal quanto a jurisprudência desse tribunal impedem esse tipo de exigência para fins de qualificação técnica.*

65. *Conforme já analisado em outros trabalhos dessa Corte de Contas, o processo de certificação PBQP-H exige 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, além disso o próprio tempo necessário para obter a certificação pode configurar obstáculo à participação em licitações, cujos prazos normalmente são exíguos.*

66. *Já no que se refere ao número de empresas que possuem a certificação PBQP-H, a equipe de auditoria identificou que, das cinco empresas que adquiriram o Edital, apenas uma possuía a referida certificação, o que leva a inferir que essa exigência, em conjunto com as analisadas anteriormente, podem ter sido a causa da inexistência de concorrentes para esta licitação e do pequeno desconto obtido em relação ao orçamento da Administração (0,36%).*

67. *Contrariando o argumento da equipe de auditoria, o Sr. Eraldo explica que a Região Norte é a região brasileira com o maior número de empresas certificadas (87%), o que não comprometeria o caráter competitivo da licitação.*

68. *Quanto a essa última alegação, tentou-se acessar a lista das empresas certificadas constantes do site do Ministério das Cidades (http://www.cidades.gov.br/pbqp-h/projetos_siac_empresas.php), mas a página*

apresentou erro (peça 51). Além disso, o Ministério foi contatado por telefone e informou que não tinha previsão para normalizar o problema na página de pesquisa do PBQP-H.

69. De toda forma, considera-se que a exigência é ilegal, já que contraria o disposto no inciso XVII, art. 22 da CF-88 e a jurisprudência do TCU (Acórdãos nos 1107/2006, 1291/2007, 2656/2007, 608/2008, 107/2009, 381/2009, todos do Plenário).

70. Pelo exposto, propõe-se a rejeição das razões de justificativa do Sr. Eraldo Bandeira Machado, com a consequente aplicação de multa, com base no art. 58, II, da Lei 8.443/92.

II. Achado 3.2 - Projeto básico deficiente ou desatualizado.

Situação Encontrada

71. Constatou-se deficiência no projeto básico (p. 201 a 235, peça 45) em razão das alterações realizadas no método executivo do serviço de aterro hidráulico, decorrente de insuficiência/inadequação dos estudos geotécnicos realizados.

72. Após o início da obra, em novembro de 2010, a Mosaico Engenharia (construtora contratada) contratou a empresa Concresonda Engenharia e Tecnologia Ltda. para estimar o potencial da jazida de areia contida na área frontal à praia de Ponta Negra, a qual seria destinada à execução do aterro hidráulico segundo o projeto básico.

73. Por meio da sondagem realizada pela Concresonda (p. 27 a 63, peça 45), evidenciou-se que a camada de areia encontra-se abaixo de uma camada de argila orgânica, escura, e de consistência mole a muito mole, com espessura variando entre 9 e 14 metros. Segundo os estudos, essas características não recomendariam a dragagem da areia, pois haveria a possibilidade de esse material orgânico de baixa coesão desmoronar sobre as mangueiras de sucção misturando-se à areia. Poderia haver também o travamento dos equipamentos de dragagem com possibilidade de danos. Como consequência, os estudos concluem que a extração dessa areia seria inviável em razão do alto custo do serviço e de uma possível inviabilidade técnica.

74. A inviabilidade de ser utilizada a areia próxima à praia de Ponta Negra levou a contratada a licenciar novas jazidas. Em 11/2/2011, foi expedida a Licença de Operação (LO) 081/2011 que confere à contratada a possibilidade de dragagem de areia no leito do Rio Solimões. Duas outras áreas também licenciadas (LO 141/11 e 142/11 - Leito do Igarapé Tarumã-Açu, peças 17 e 18) não apresentaram material de qualidade, conforme diário de obras do dia 6/4/11.

75. Diante disso, optou-se por transportar areia do Rio Solimões. Como consequência dessa alteração de local, foi acrescido ao custo da obra o transporte da areia do local de dragagem até o local da deposição, na praia de Ponta Negra.

76. Ocorre que esse serviço de aterro hidráulico foi iniciado conforme consta na sétima medição (45.000 m³ de dragagem - nota fiscal de 24/3/11), mas ainda não havia aditivo contendo o custo do transporte desse material. Quando das inspeções feitas in loco, a equipe de auditoria foi informada que seria elaborado um termo aditivo para contemplar esse novo serviço, cujo custo ainda não estava definido.

Manifestação do Sr. Américo Gorayeb Junior

77. Segundo o Sr. Américo, o Município de Manaus realizou licitação, sob a modalidade Carta Convite n. 081/2009 - CL/SEINF/PM, para executar os "Serviços de Arquitetura e Engenharia para elaboração de Projeto Conceitual, Estudo Preliminar e Estimativa de Custos da Reestruturação do Parque da Ponta Negra", tendo como

resultado os seguintes levantamentos para a confirmação de existência de areia no leito do rio Negro e sua possível extração (peça 41, p. 10):

A. Relatórios de sondagem efetuados para a construção da ponte sobre o rio Negro, distante aproximadamente 5 km a jusante da Ponta Negra, disponibilizados pelo Governo do Estado para a Prefeitura. Sendo o rio Negro um curso de água muito antigo geologicamente, com leito muito bem definido, as sondagens serviram como um forte indicativo da existência de areia em frente à Ponta Negra;

B. Execução de dois furos de sondagens em frente ao balneário, conforme relatórios anexos;

C. Trabalho do geólogo João Frederico G. Cruz, do Departamento Nacional de Produção Mineral, onde é afirmado que "A área da praia da Ponta Negra corresponde a um depósito de sedimentos de canal constituído por material semi-consolidado e inconsolidado, com predomínio de areia, e secundariamente de silte e argila".

78. Acrescenta ainda que, durante a elaboração dos Projetos Básico e Executivo, discutiu-se qual seria a forma mais adequada para a execução dos serviços de "engorda da praia", de modo que foram aventadas três hipóteses: 1) aterro hidráulico de areia do leito do Rio Negro, com base em opinião de pessoas com experiência em extração de areia e seixo nas proximidades de Manaus e em outras regiões do Amazonas; 2) extração de areia em locais próximos à Ponta Negra, tendo que considerar o acréscimo no preço do serviço; e 3) extração de areia em jazidas licenciadas nas proximidades da área urbana de Manaus.

79. Após o procedimento acima, o responsável aduz que a primeira hipótese foi a escolhida, já que foi a que apresentou o menor custo de execução. Acontece que, segundo o defendente, durante a execução, a alternativa escolhida anteriormente se mostrou inviável e a empresa contratada precisou realizar onze furos de sondagem no local para determinação dos perfis geológicos.

80. Ainda segundo o Sr. Américo, a nova sondagem realizada pela empresa contratada comprovou a existência de camadas de areia, mas apesar da possibilidade de extração do material o respectivo relatório adentrou na particularidade referente aos equipamentos, revelando a realidade no sentido de que os disponíveis na região não seriam adequados para tal remoção de areia. Além disso, explica que qualquer relatório de sondagem apresenta a situação geológica do local, não estendendo suas conclusões sobre o que fazer com o achado ou sobre quais equipamentos seriam necessários para remoção ou extração do achado.

81. Ademais, o responsável argumenta que ainda tentou alugar os equipamentos necessários, mas não havia disponibilidade, tendo em vista que todos já estavam sendo utilizados na execução de outras obras. Diante disso, visando a continuidade da obra, fez-se a escolha de executar os serviços com a extração de areia em locais próximos à Ponta Negra.

82. Por fim, explica que "há manifesto excludente de culpabilidade no caso, pois os estudos preliminares acusavam a viabilidade do intento. O oposto não foi negligenciado, apenas se apresentou na fase de execução e está diretamente relacionado com o uso dos equipamentos" (peça 41, página 12). Acrescenta também que "os relatórios de sondagem espelham a procedência da impressão inicial, mas por uma questão de insuficiência de equipamentos adequados na Região Norte, não se pôde implementar a solução mais rápida e menos onerosa" (peça 41, página 12).

Análise

83. Conforme o art. 6º, IX, da Lei 8.666/93, projeto básico é o:

conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

84. *Dessa forma, é com base em estudos técnicos preliminares que o projeto básico é elaborado. Por isso, essa etapa preliminar é de suma importância para definir se a obra é viável sob os aspectos econômico, social e ambiental. Além disso, são os estudos preliminares que darão as bases para definir a melhor forma de executar a obra.*

85. *Passando dessa fase conceitual, passemos a enumerar quais foram os embasamentos que os responsáveis pelo projeto básico tiveram para elaborá-lo e aprová-lo e se, realmente, esses estudos preliminares realizados foram suficientemente corretos para garantir uma razoável segurança na execução da obra e para tentar evitar prejuízos futuros para a administração pública.*

86. *Segundo o Sr. Américo, foi contratada empresa para elaborar o projeto conceitual, o estudo preliminar e a estimativa de custos da obra. Como resultado desses trabalhos, a empresa apresentou um relatório de sondagem da época da construção da ponte sobre o Rio Negro, que fica a 5 km, aproximadamente, da orla de Ponta Negra. Além disso, foram realizados dois furos de sondagem em frente ao balneário de Ponta Negra e, por fim, o trabalho do geólogo João Frederico G. Cruz, do Departamento Nacional de Produção Mineral, afirma que existe predomínio de areia, e secundariamente de silte e argila no local.*

87. *Quanto aos relatórios de sondagem que embasaram as decisões do gestor para elaborar os projetos básico e executivo, verifica-se que a sondagem da construção da ponte sobre o Rio Negro (peça 52) encontrou composição de solo semelhante à encontrada pelos dois furos de sondagem feitos à época dos estudos preliminares (peça 53), assim como a sondagem realizada pela empresa contratada (p. 27 a 62, peça 45), qual seja, uma camada longa de argila antes de se chegar à camada de areia. A seguir, temos a imagem de um dos furos de sondagem realizado à época dos estudos preliminares, que indica a presença de uma camada de argila variando de aproximadamente 9 a 14 metros de profundidade.*

Imagem 1 – Sondagem – construção da ponte sobre o Rio Negro (SP A 19).

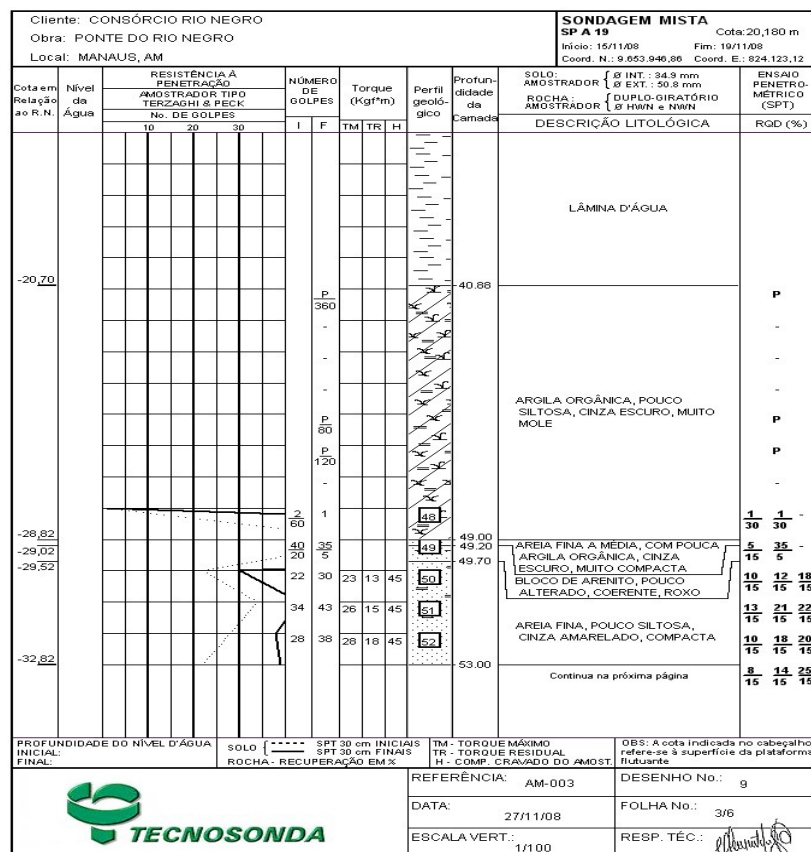


Imagem 2 – Sondagem – Estudos preliminares

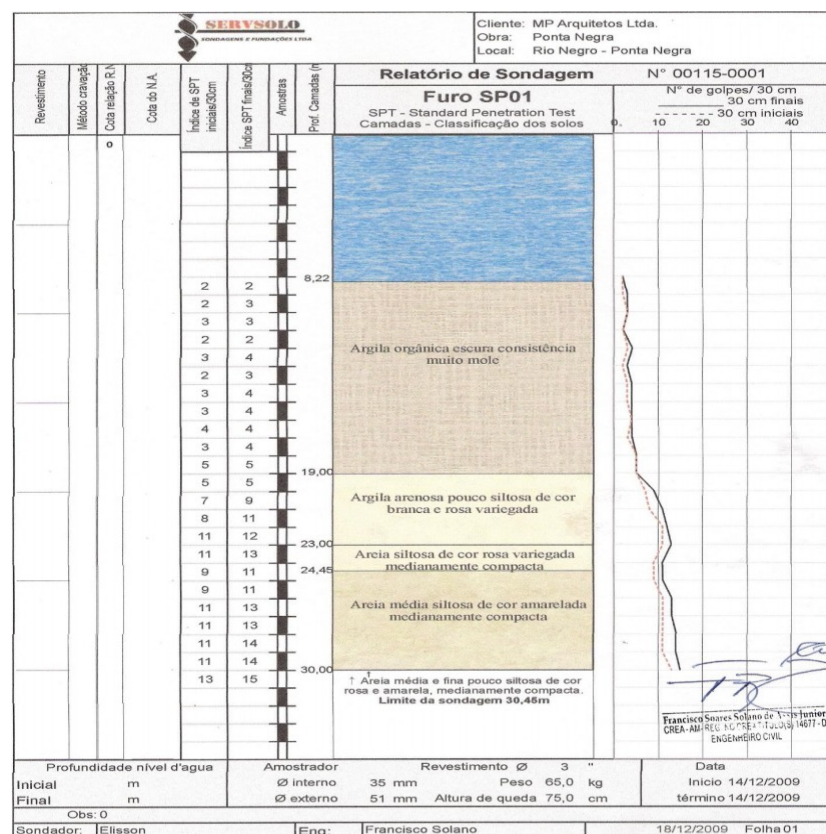


Imagem 3 – Sondagem – realizada pela empresa contratada

CONCRESONDA		PROC. Nº 201.01064																																																																					
ENGENHARIA E TECNOLOGIA		FLS. 08	RUBRICA																																																																				
SONDAGEM DE SIMPLES RECONHECIMENTO À PERCUSSÃO (S.P.T.)																																																																							
INTERESSADO: Mosalco Engenharia Ltda.		Início da Sondagem: 04.11.10																																																																					
TELEFAXÍMIL: 8128 8159		Término da Sondagem: 04.11.10																																																																					
LOCAL DO ENSAIO: Rio Negro - Ponta Negra		Relação ao RN próx.: 22.00																																																																					
Sondagem Número: SP - 01		Revestimento: 15,00 m Lãm. água: 4,45																																																																					
<table border="1"> <thead> <tr> <th>COTA EM RELAÇÃO AO RN</th> <th>N.º de golpes</th> <th>N.º de golpes</th> <th>N.º de golpes</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>22,00</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr><td>21</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr><td>20</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr><td>19</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr><td>18</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr><td>17</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr><td>16</td><td>P 1 / 18</td><td>3</td><td></td></tr> <tr><td>15</td><td>CA 2 / 16</td><td>4</td><td></td></tr> <tr><td>14</td><td>P 1 / 17</td><td>2</td><td></td></tr> <tr><td>13</td><td>CA 2 / 17</td><td>3</td><td></td></tr> <tr><td>12</td><td>P 2 / 16</td><td>3</td><td></td></tr> <tr><td>11</td><td>CA 1 / 15</td><td>2</td><td></td></tr> <tr><td>10</td><td>P 1 / 14</td><td>2</td><td></td></tr> <tr><td>9</td><td>CA 2 / 14</td><td>3</td><td></td></tr> <tr><td>8</td><td>P 2 / 16</td><td>3</td><td></td></tr> <tr><td>7</td><td>CA 2 / 16</td><td>4</td><td></td></tr> </tbody> </table>		COTA EM RELAÇÃO AO RN	N.º de golpes	N.º de golpes	N.º de golpes	22,00				21				20				19				18				17				16	P 1 / 18	3		15	CA 2 / 16	4		14	P 1 / 17	2		13	CA 2 / 17	3		12	P 2 / 16	3		11	CA 1 / 15	2		10	P 1 / 14	2		9	CA 2 / 14	3		8	P 2 / 16	3		7	CA 2 / 16	4		Profundidade X N_{SPT} Características do Equipamento - AMOSTRADOR D. INT = 35 mm - PADRAO D. EXT = 51 mm - REVESTIMENTO D = 65 mm - PESO P = 65 Kg - ALTURA DE QUEDA H = 75 cm Discriminação da Camada Argila orgânica escura de consistência muito mole a mole	
COTA EM RELAÇÃO AO RN	N.º de golpes	N.º de golpes	N.º de golpes																																																																				
22,00																																																																							
21																																																																							
20																																																																							
19																																																																							
18																																																																							
17																																																																							
16	P 1 / 18	3																																																																					
15	CA 2 / 16	4																																																																					
14	P 1 / 17	2																																																																					
13	CA 2 / 17	3																																																																					
12	P 2 / 16	3																																																																					
11	CA 1 / 15	2																																																																					
10	P 1 / 14	2																																																																					
9	CA 2 / 14	3																																																																					
8	P 2 / 16	3																																																																					
7	CA 2 / 16	4																																																																					
Obs.: Sondagem paralisada aos 10 m por solicitação do cliente.		Folha: 01																																																																					
Avanço: Coordenadas: N 966278,1530 E 821848,6698		Escala: 1:50																																																																					
RN = Maré próximo a escola de canoagem - 21,76		Sondador: Edmilson																																																																					
TH - Trado helicoidal N.º Golpes:		Operador: Luis Alberto																																																																					
CA - Circulação de água 1.º + 2.º = Linha pontilhada																																																																							
TC - Trado concha 2.º + 3.º = Linha cheia																																																																							
P - Percussão																																																																							

88. Além disso, verifica-se que o trabalho do geólogo João Frederico G. Cruz, do Departamento Nacional de Produção Mineral, apenas indica a presença de areia na área da praia da Ponta Negra e explica que a espessura dos depósitos de areia no canal do rio negro ainda não foi determinada com precisão (p. 5, peça 54). Dessa forma, não é correto interpretar extensivamente uma afirmação de que existe areia “na área da praia” e concluir que o fundo do rio terá a mesma composição. Nesse caso, o autor é claro ao afirmar que existe areia “na área da praia”, ou seja, ao longo da margem do rio.

89. Portanto, conclui-se que apesar de os relatórios de sondagem indicarem longas camadas de argila antes da camada de areia, o gestor preferiu desconsiderar esse fator agravante e elaborar projeto básico sem a previsão de equipamentos que fossem capazes de realizar os serviços dragagem para construir o aterro hidráulico. Ademais, como bem esclarecido pelo terceiro relatório de sondagem realizado pela empresa Concresonda Engenharia e Tecnologia Ltda. (p. 27, peça 45), as tentativas de dragagem atravessando a camada de argila mostram-se técnica e economicamente inviáveis.

90. O Sr. Américo também afirma que qualquer relatório de sondagem apresenta a situação geológica do local, não estendendo suas conclusões sobre o que fazer com o achado ou sobre quais equipamentos seriam necessários para remoção ou extração do achado. A afirmação do gestor está correta, mas vale destacar que cabe ao gestor, no momento de elaborar e aprovar os projetos, verificar se o projeto básico contém todos os elementos técnicos necessários e precisos para executar a obra.

91. Segundo a Orientação Técnica 001/2006 do IBRAOP, um dos elementos técnicos necessários em um projeto básico é a Especificação Técnica.

5.3 Especificação Técnica

Texto no qual se fixam todas as regras e condições que se deve seguir para a execução da obra ou serviço de engenharia, caracterizando individualmente os materiais, equipamentos, elementos

componentes, sistemas construtivos a serem aplicados e o modo como serão executados cada um dos serviços apontando, também, os critérios para a sua medição. (grifo nosso, OT 001/2006-IBRAOP)

92. *Nesses termos, não cabe alegar que o relatório de sondagem não indica os equipamentos que deveriam ser utilizados para executar os serviços de aterro hidráulico, pois, conforme bem preceitua a OT do IBRAOP, as especificações técnicas do projeto básico deveriam elucidar corretamente tais itens.*

93. *No que concerne à tentativa de alugar equipamentos que fossem capazes de executar os serviços, o responsável deveria observar, conforme indicado no terceiro relatório de sondagem (p. 27, peça 45), que a retirada de areia localizada em frente à praia de Ponta Negra seria técnica e economicamente inviável. Portanto, essa alegação também não deve ser acolhida.*

94. *Já quanto ao excludente de culpabilidade alegada pelo responsável, não vislumbra-se essa possibilidade, já que, o gestor não considerou os relatórios técnicos para embasar suas decisões, conforme se observa nos resultados dos relatórios de sondagem, e não exigiu a elaboração de projeto básico completo, nos termos da Lei, o que ocasionou o aumento nos custos de execução dos serviços de aterro hidráulico.*

95. *Pelo exposto, propõe-se a rejeição das razões de justificativa do Sr. Américo, com a consequente aplicação de multa, com base no art. 58, II, da Lei 8.443/92.*

III. Achado 3.3 - Desvio de objeto na execução do convênio (ou instrumento congênere), importando transferência de recursos de uma categoria de programação para outra.

Situação encontrada

96. *A cláusula décima oitava, parágrafo sétimo, do Contrato 023/2010 (peça 27), firmado entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura (Seminf) e a empresa Mosaico Engenharia e Comércio Ltda., estabelece a obrigação de a Prefeitura de Manaus reverter 1% do valor total de cada pagamento ao Fundo Municipal de Fomento a Micro e Pequena Empresa (Fumipeq), em razão do que determina o art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332 de 19 de maio de 2009.*

97. *Os valores recolhidos são creditados automaticamente para o Programa Empreender Manaus, com o objetivo de desenvolver os setores econômicos, cujas atividades produtivas necessitam de suporte financeiro para auto sustentação (Lei 1.332/2009, art.1º). Até a realização da auditoria, já haviam sido retidos R\$ 85.045,98 (até a 7ª medição do contrato).*

98. *A equipe de auditoria apontou ainda caso semelhante, que ocorreu no Estado da Paraíba, em que a Lei Estadual n. 7.947, de 22/03/2006, criou a Taxa de Processamento da Despesa Pública (TPDP). Nesse caso, após ação judicial, a TPDP foi declarada inconstitucional (Incidente de Inconstitucionalidade n. 200.2008.037123-6/002-CAPITAL).*

Manifestação da Prefeitura Municipal de Manaus - AM

99. *Quanto ao fato de o contrato estar contrariando o art. 39 da Portaria Interministerial n. 127/2008, a prefeitura alega que deve ser levado em conta o princípio da autonomia municipal no pacto federativo, segundo o qual o município disporia de capacidade de auto legislação e de campo específico para legislar.*

100. *Acrescenta ainda que, caso seja entendido que as normas municipal e federal estejam posicionadas no mesmo campo hierárquico-normativo, caberia a aplicação dos*

critérios de solução das antinomias jurídicas. Dessa forma, seria necessário aplicar o critério hierárquico, de modo que, ao se comparar a espécie normativa lei ordinária com a espécie normativa portaria interministerial, conclui-se, de forma inequívoca, pela prevalência da Lei Municipal 1.332/2009.

101. *Outro ponto abordado pelo município de Manaus é o fato de o relatório de auditoria considerar a hipótese de a licitante incluir o valor de 1% da Lei 1.332/2009 em seu preço final, onerando, dessa forma, o custo da obra. Segundo o município, os preceitos inerentes ao exercício da função jurisdicional não permitem a utilização de presunções desta natureza, sob pena de resultar em violação ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.*

102. *Ademais, acrescenta que o relatório estaria considerando culpadas eventuais empresas contratadas, antes mesmo de um eventual processo judicial e de um potencial trânsito em julgado. Seria, assim, importante deixar assentado que, somente por meio de provas irrefutáveis e de uma sentença judicial passada em julgado, se poderia considerar a culpabilidade de determinada empresa.*

103. *Por fim, o município refuta a possível inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.332/2009 e explica que a exação instituída pelo Estado da Paraíba não guarda relação de semelhança com a dinâmica instituída no Município de Manaus. Segundo o município, a Lei 1.332/2009 não institui obrigação de cunho tributário, mas sim uma mera transferência de receitas públicas a determinados órgãos da administração pública. Além disso, argumenta que mesmo que fosse admitida uma potencial declaração de inconstitucionalidade, deve sempre imperar o princípio da presunção de constitucionalidade das normas.*

Análise

104. *O Município de Manaus argumenta que dispõe de capacidade de auto legislação e de campo específico para legislar. Quanto a esse aspecto, cabe mencionar que a matéria ora tratada versa sobre orçamento público (recursos de transferências voluntárias). Além disso, apesar de o art. 24, inciso II, da Constituição Federal não incluir os Municípios dentre os legitimados para legislar concorrentemente sobre orçamento. O art. 30, inciso II, por sua vez, estabelece a competência legislativa suplementar para esses entes federativos. Seria o caso por exemplo, da edição das Leis Orçamentárias Anuais municipais.*

105. *Dessa forma, o argumento apresentado pelo Município está parcialmente correto, já que o município tem legitimidade para legislar sobre orçamento, mas desde que os recursos orçamentários pertençam a esse ente federativo.*

106. *Com isso, no presente caso, por se tratar de recursos federais transferidos voluntariamente por meio de convênio, o município não tem competência para editar legislação, em matéria orçamentária que altere a destinação inicialmente dada pela Lei Orçamentária Anual da União. Poderia, aqui, argumentar que os recursos não seriam mais da União e sim de propriedade da empresa contratada. Todavia, como demonstrar-se-á nos próximos itens dessa instrução, essa cobrança tem onerado economicamente as transferências de recursos da União para o Município.*

107. *Já no que concerne à aplicação do critério hierárquico, é correto observar que, em princípio, não existe hierarquia entre normas da União e dos Municípios. O que deve ser verificado é o campo de atuação de cada ente da Federação. No caso em tela, considerando que os dois entes possuem competência para legislar sobre seus orçamentos, não cabe a aplicação do princípio hierárquico, já que não existe conflito entre as normas,*

mas sim que não há competência do Município de Manaus para legislar sobre recursos orçamentários federais.

108. *Além disso, se fosse o caso de aplicação do critério hierárquico - posição não aceita pela doutrina - a solução do conflito deveria ser realizada comparando-se a Lei Municipal 1.332/2009 com a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000 (LRF). A Portaria 127/2008 apenas regulamenta o disposto no § 2º do art. 25 da LRF, conforme segue. Assim sendo, a norma que deveria prevalecer seria a LRF e não a Lei Municipal 1.332/2009.*

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

(...)

§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada. (LC 101/2000, grifo nosso)

109. *O Município alega também que o relatório está considerando culpadas as eventuais empresas contratadas antes mesmo de um processo judicial e do seu trânsito em julgado. Ademais, explica que somente por sentença judicial passada em julgado é que se poderia considerar a culpabilidade de determinada empresa.*

110. *Quanto a esse aspecto, cabe observar que o Tribunal de Contas da União é um órgão autônomo e independente, ou seja, não é subordinado a outro órgão ou autoridade. Além disso, pelo princípio da independência das instâncias administrativa, civil e penal, as decisões do TCU não dependem do trânsito em julgado de decisões do Poder Judiciário. Nesses termos, as decisões do TCU dizem o direito final em casos concretos administrativos sobre a matéria que lhe é atinente, cabendo ao judiciário se manifestar apenas quanto a um eventual descumprimento do devido processo legal.*

111. *Acrescente-se ainda que a competência deste Tribunal decorre de mandamento constitucional, a cujo cumprimento não lhe é dado se esquivar. Trata-se, aqui, de processo autônomo de apuração, sujeito a rito próprio e independente, amparado pela Constituição Federal, notadamente em seus arts. 70 e 71, e pela Lei nº 8.443/92, cuja atuação independe de outras instâncias administrativas ou judiciais.*

112. *Nesse sentido, vale mencionar trecho do Voto Condutor do Acórdão 2/2003-TCU-2ª Câmara, que demonstra a posição pacífica deste Tribunal sobre o tema, in verbis:*

O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que a proposição de qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte cumpra sua missão constitucional. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão.

113. *Pelo exposto, a alegação do Município de Manaus-AM apresenta-se improcedente, no sentido de que somente por sentença judicial passada em julgado é que se poderá considerar a culpabilidade de determinada empresa.*

114. *Por fim, o Município alega que a Lei 1.332/2009 não institui obrigação de cunho tributário, mas sim uma mera transferência de receitas públicas a determinados*

órgãos da administração pública. Ademais, argumenta que a exação instituída pelo Estado da Paraíba não guarda relação de semelhança com a dinâmica instituída no Município de Manaus.

115. Com relação às alegações sobreditas, não cabe aqui discutir a natureza da cobrança, se tributária ou não, ou se o caso se enquadra no Incidente de Inconstitucionalidade n. 200.2008.037123-6/002-CAPITAL. Na verdade, o que importa para fins de apreciação dessa Corte de Contas é se o valor cobrado pela Lei Municipal 1.332/2009 repercute economicamente sobre o valor das transferências voluntárias do governo federal, o que estaria em desacordo com § 2º do art. 25 da LRF. Para tanto, deve ser observado se a empresa contratada está considerando esse valor de 1% nos seus custos. Confirmada essa hipótese, estamos diante de um desvio finalidade do convênio.

116. Analisando a composição do BDI da empresa contratada (peça 58), Mosaico Engenharia e Comércio Ltda., verifica-se que a empresa previu os seguintes itens, referentes a tributos:

Tributo	Percentual
<i>Impostos</i>	4,5%
<i>Finsocial</i>	2%
<i>Pis + Cofins</i>	3,65%

117. Não há no orçamento da empresa detalhamento sobre o que comporia a taxa de 4,5% relativas a impostos.

118. Apesar disso, é possível notar que, à peça 13, as Notas Fiscais de prestação de serviços da empresa contratada demonstram que a alíquota cobrada de ISS foi de 5%. Mas há de se considerar que a Lei Municipal 714, de 30 outubro de 2009, estabelece em seu art. 7º, § 6º, que a base de cálculo do ISS incidirá apenas sobre 40% do valor do serviço, quando for o caso de obras de construção civil.

Art. 7º - A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

§6º. - Para fins de retenção do imposto incidente sobre os serviços descritos nos subitens 7.02 e 705 da lista anexa a Lei 714/2003, o tomador de serviços deve considerar 40% (quarenta por cento) do preço do serviço como base de cálculo.

7 - Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). (Lei Municipal 714/2003)

119. Ao se multiplicar a alíquota de 5% de ISS por 40% da base cálculo (art. 7º, § 6º, da Lei 714/2003), chega-se à alíquota real de ISS de 2%. Nesse caso, restariam 2,5% de impostos para completar os 4,5% indicados no quadro de composição do BDI.

120. Voltando à questão da contribuição de 1% ao Fumipeq, conforme ordena o art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332, de 19 de maio de 2009, infere-se que os 2,5% restantes no item "Impostos" do BDI podem ser justificados pela cobrança de tal tributo sobre o valor dos pagamentos feitos à empresa contratada. Ora, não é demais concluir

que qualquer empresa que elaborasse o seu BDI sabendo da cobrança de tal percentual sobre o seu faturamento consideraria o imposto nos seus custos.

121. Dessa forma, conclui-se que a cobrança de 1% sobre os pagamentos realizados à empresa contratada, a título de transferência ao Fumipeq onera economicamente as transferências da União para o Município de Manaus. Assim, esse valor deixa de ser suportado pela empresa (contribuinte de direito) e passa a ser suportado pela União (contribuinte de fato), tendo em vista que a empresa considera essa cobrança em seus custos.

122. Cabe observar ainda que, nesse caso, existe burla ao mecanismo de contrapartida. Ao se considerar que o valor de 1% está incidindo sobre o valor total de cada pagamento, o município estará tributando em 1% os seus próprios recursos, o que desonera a sua obrigação de contrapartida, uma vez que os recursos voltam para os cofres do tesouro municipal.

123. Pelo exposto, considerando a possibilidade de transferência indevida de recursos federais para os cofres municipais, propõe-se determinar ao Ministério do Turismo que, na análise da prestação de contas do referido convênio, nos termos da Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011, avalie a cobrança de 1% em razão do que determina o art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332 de 19 de maio de 2009, e, se for o caso, faça a glosa dos valores retidos pela Prefeitura Municipal de Manaus.

124. Além disso, propõe-se dar ciência à Prefeitura Municipal de Manaus de que a cobrança de 1% sobre os pagamentos realizados às empresas contratadas com recursos federais é indevida e fere o disposto no § 2º do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

125. Em cumprimento ao Ofício n. 786/2010/3º OFCIVEL/PR/AM, de 26/10/2010, a Controladoria Geral da União (CGU) encaminhou a esse Tribunal o Relatório de Demandas Especiais n. 00203.001164/2010-58 (peça 50) que também teve como objeto a análise do Convênio n. 704.862/2009 – Projeto de Urbanização e Revitalização da Ponta Negra em Manaus-AM - 1º Etapa.

126. Como resultado dos trabalhos da CGU, o relatório apontou as seguintes constatações:

a) Deficiências nos Atos Afetos à Celebração do Convênio;

a.1) Ausência de documentação imprescindível à celebração do Convênio e prorrogação “de ofício” sem justa causa;

a.2) Alteração do Plano de Trabalho com majoração dos custos da etapa “Estudos e Projetos” em 146,5%;

b) Deficiência nas Análises dos Projetos Técnicos constitutivos do objeto do Convênio – inconsistências na quantificação e qualificação do item “Aterro Hidráulico”;

b.1) Superestimativa de 996.427,53 m³ (1.083.502,53 – 87.075,00) no volume de aterro hidráulico necessário à execução da primeira etapa do projeto, que corresponde, considerando os valores estimados para os serviços constantes da planilha orçamentária, a uma majoração ilícita no montante de R\$10.836,149,37;

c) Deficiência nas Análises dos Projetos Técnicos constitutivos do objeto do Convênio – inconsistências na composição de custos de serviços de instalação de equipamento para bombeamento do material dragado;

c.1) O custo unitário de material dragado por bombeamento passou de R\$ 2,51/h para R\$ 10,85/m³. Tal majoração provocou um acréscimo equivalente a 332% no preço unitário do

serviço, verificando-se para o volume de aterro hidráulico constante no orçamento um sobrepreço de $1.083.502,53\text{m}^3 \times (\text{R\$ } 10,85 - \text{R\$ } 2,51) = \text{R\$ } 9.036.411,10$;

d) Deficiência nas Análises dos Projetos Técnicos constitutivos do objeto do Convênio – inconsistências na composição de custos dos itens “Muro de Arrimo”;

d.1) No item escavação manual de vala, das Memórias de Cálculo da Prefeitura Municipal de Manaus, considerou-se indevidamente o comprimento total do muro (884,20m, quando na verdade o comprimento é de 380,20m). Tal manobra ocasionou sobrepreço de R\$ 235.661,31;

e) Deficiência nas Análises dos Projetos Técnicos constitutivos do objeto do Convênio – inconsistências na composição de custos dos itens de serviço “Remoção de Material Imprestável” e “Transporte de Material”, importando em sobrepreço de R\$ 451.841,08;

f) Inconsistência das informações relacionadas a concessão da Licença Ambiental do empreendimento no tocante ao dimensionamento do impacto ambiental.

127. Considerando a gravidade das constatações apresentadas pelo relatório da CGU e observando que não se deve desconsiderar a repartição de responsabilidades entre os diversos elos da cadeia de controle do gasto público, cabe ao Ministério do Turismo, como concedente dos recursos, avaliar sua boa e regular aplicação, como determina a Portaria Interministerial CGU/MF/MP n. 507/2011.

128. Dessa forma, as ações de controle externo não devem avançar, quando não for estritamente necessário, sobre o espaço de atuação e responsabilidade das autoridades administrativas e seus órgãos de controle. Ou seja, a fim de evitar duplicidade de esforços e supressão de responsabilidades, a atuação do TCU dar-se-á se, após as manifestações conclusivas das etapas anteriores da estrutura de controle, caso ainda reste matéria a ser examinada por esta Corte de Contas.

129. Pelo exposto, considerando as graves irregularidades apontadas pela CGU e as atribuições do Ministério do Turismo na fiscalização da execução físico-financeira dos recursos do Contrato 023/2010 (peça 27), considera-se suficiente remeter cópia do documento ao Ministério para que tome ciência dos fatos nele narrados e os considere quando da análise da prestação de contas final do Convênio.

130. Em adição, é também conveniente propor determinação para que o Ministério do Turismo inclua no seu próximo Relatório de Gestão às providências tomadas quanto às irregularidades apontadas pela CGU, e que a CGU, na análise da prestação de contas anual, verifique se o Ministério tomou as providências cabíveis ao caso.

CONCLUSÃO

131. O presente processo teve como objetivo analisar as obras de construção da primeira etapa da Orla de Ponta Negra, situada no Município de Manaus-AM. Como resultado dos trabalhos, a equipe de auditoria apontou quatro achados de auditoria.

132. O primeiro achado (3.1) detectou restrição à competitividade em quatro itens do Edital de Concorrência 15/2010 (peça 15), quais sejam: item 8.4.1 – impossibilidade de utilização de contrato de prestação de serviço para a habilitação técnica; itens 8.3.1 e 8.3.2 – exigência genérica de qualificação técnica e limitações no número de atestados; item 8.5 – obrigatoriedade de realização de visita técnica; e item 8.8 – exigência de certificação do PBQP-H.

133. Quanto ao achado 3.1, foram analisadas as razões de justificativa do Sr. Eraldo e apenas acatadas as justificativas sobre a exigência genérica de qualificação técnica e limitações no número de atestados (itens 40 a 50, dessa instrução). Já quanto às

justificativas das outras irregularidades apresentadas no achado 3.1, foram todas consideradas improcedentes, tendo em vista que desrespeitam a jurisprudência do TCU e os dispositivos da Lei 8.666/93 (itens 24 a 31, 54 a 56 e 63 a 69, dessa instrução).

134. *Dessa forma, considerando a quantidade de itens do edital com irregularidades graves que restringiram o caráter competitivo da licitação, propõe-se a aplicação de multa ao Sr. Eraldo Bandeira Machado, CPF 229.415.842-34, responsável pela elaboração do Edital de Concorrência 15/2010, com base no art. 58, II, da Lei 8.443/1992. Além disso, propõe-se dar ciência à Secretaria Municipal de Infraestrutura de Manaus-AM das irregularidades aqui apontadas para que não se repitam nos próximos procedimentos licitatórios.*

135. *O segundo achado (3.2) aponta deficiência no projeto básico e, devido a essa deficiência, a equipe de auditoria afirma que os serviços de aterro hidráulico sofreram alterações na sua execução e aumento nos seus custos. O presente fato vai de encontro ao que estabelece o art. 6º, IX, da Lei 8.666/93.*

136. *Analizadas as razões de justificativa do Sr. Américo Gorayeb Junior, Secretário Municipal de Infraestrutura, quanto ao achado 3.2, verificou-se que o gestor possuía três relatórios de sondagem que indicavam composição de solo semelhantes, mas contrariando o resultado desses documentos o gestor não zelou pela especificação de forma correta, no projeto básico, dos equipamentos para executar os serviços de aterro hidráulico. Além disso, não atentou para as dificuldades de se extrair areia do leito do rio Negro.*

137. *Pelo exposto, fica evidente a relação de causa e efeito entre a conduta do gestor e o aumento nos custos de execução da obra, conforme demonstrado no relatório de auditoria e formalizado pelo Aditivo n. 3 de 12/08/2011 (peça 55). Diante disso, propõe-se a aplicação de multa ao Sr. Américo Gorayeb Junior, CPF 075.701.202-72, com base no art. 58, II, da Lei 8.443/1992.*

138. *O terceiro achado (3.3) aponta que houve desvio de objeto na execução do convênio, importando transferência de recursos de uma categoria de programação para outra. Nesse caso, o art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332, de 19 de maio de 2009, determina que seja revertido 1% do valor total de cada pagamento ao Fundo Municipal de Fomento a Micro e Pequena Empresa (Fumipeq).*

139. *Em resposta à oitiva, o Município de Manaus-AM afirma que possui capacidade de autolegislação e campo específico para legislar. Posto isso, foram analisadas as alegações da prefeitura e rejeitados todos os seus argumentos. Como analisado anteriormente, o município de Manaus-AM não possui capacidade de legislar sobre recursos orçamentários federais. Da mesma forma, observou-se que a cobrança de 1% da Lei 1.332/2009 foi possivelmente considerada nos custos da empresa contratada, mais especificamente no BDI.*

140. *Quanto ao achado 3.3, propõe-se determinar ao Ministério do Turismo que, na análise da prestação de contas do referido convênio, verifique a cobrança de 1% em razão do que determina o art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332/2009, e, se for o caso, faça a glosa dos valores retidos pela Prefeitura Municipal de Manaus.*

141. *Além disso, propõe-se dar ciência à Prefeitura Municipal de Manaus de que a cobrança de 1% sobre os pagamentos realizados às empresas contratadas com recursos federais é indevida e fere o disposto no § 2º do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal.*

142. *No que concerne ao achado 3.4, que apontou cláusulas contratuais em desacordo com os preceitos da Lei 8.666/93, propõe-se manter a proposta anterior da*

equipe de auditoria, a qual opinou por dar ciência à Secretaria Municipal de Infraestrutura de Manaus-AM quanto ao indício de irregularidade levantado para que não ocorra a reincidência do fato (peça 28, p. 17).

143. *Por fim, quanto aos achados de auditoria apontados no Relatório da CGU, propõe-se remeter cópia do documento ao Ministério do Turismo para que tome ciência dos fatos nele narrados e os considere quando da análise da prestação de contas final do Convênio.*

144. *Ainda quanto ao tópico anterior, é também conveniente propor determinação para que o Ministério do Turismo inclua, no seu próximo Relatório de Gestão, as providências tomadas quanto às irregularidades apontadas pela CGU, e que a CGU, na análise da prestação de contas anual do órgão, verifique se o Ministério tomou as providências cabíveis ao caso.*

BENEFÍCIOS DAS AÇÕES DE CONTROLE EXTERNO

145. *Entre os benefícios do exame deste processo pode-se mencionar a sanção de multa que poderá ser aplicada pelo TCU, decorrente das restrições à competitividade (achado 3.1) e do projeto básico deficiente (achado 3.2); a correção de irregularidades referentes a aplicação dos recursos do convênio (achado 3.3); e outros benefícios diretos, que são decorrentes das determinações para corrigir irregularidades no edital da licitação (achado 3.1).*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

146. *Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*

a) rejeitar parcialmente as razões de justificativa apresentadas e aplicar ao Sr. Eraldo Bandeira Machado, CPF 229.415.842-34, Presidente da Comissão de Licitação (de 07/06/2010 até 08/07/2010), a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, tendo em vista que o edital foi elaborado com cláusulas restritivas à competitividade, em desacordo com o art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

b) rejeitar as razões de justificativa apresentadas e aplicar ao Sr. Américo Gorayeb Junior, CPF 075.701.202-72, Secretário Municipal de Infraestrutura, a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, tendo em vista a aprovação de projeto básico deficiente, em desacordo com o art. 6º, IX, da Lei 8.666/93, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

c) autorizar, desde logo, se assim for solicitado, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c art. 217 do Regimento Interno do TCU, fixando o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, atualizadas monetariamente desde a data de publicação do acórdão até a do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

d) alertar aos responsáveis que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 217, § 2º, do Regimento Interno do TCU;

e) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;

f) determinar ao Ministério do Turismo, com fundamento no art. 251 do Regimento Interno do TCU, c/c com o art. 4º, inciso II, da Portaria 27/2009-Segecex, que, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da notificação:

f.1) avalie, na análise da prestação de contas do Convênio n. 704.862/2009, a cobrança de 1% em razão do que determina o art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332, de 19 de maio de 2009, e, se for o caso, faça a glosa dos valores adequados retidos pela Prefeitura Municipal de Manaus;

f.2) inclua no seu próximo Relatório de Gestão anual as providências tomadas quanto às irregularidades apontadas no Relatório de Demandas Especiais n. 00203.001164/2010-58 da Controladoria Geral da União;

g) determinar à Controladoria Geral da União, com fundamento no art. 251 do RITCU, c/c com o art. 4º, inciso II, da Portaria 27/2009-Segecex, que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da notificação, verifique, na análise da prestação de contas anual do Ministério do Turismo, se o órgão tomou as providências cabíveis, quanto ao Relatório de Demandas Especiais n. 00203.001164/2010-58;

h) nos termos da Portaria Segecex n. 13, de 27 de abril de 2011, dar ciência à Secretaria Municipal de Infraestrutura de Manaus-AM sobre as seguintes irregularidades:

h.1) proibição de utilização de contratos de prestação de serviço para a qualificação técnico-profissional das licitantes, identificada no item 8.4.1 do Edital de Concorrência 015/2010, o que afronta o disposto na jurisprudência desse Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 2297/2005-TCU-Plenário, 597/2007-TCU-Plenário, 2.553/2007-TCU-Plenário, 141/2008-TCU-Plenário, 2.382/2008-TCU-Plenário e 1.043/2010-TCU-Plenário;

h.2) obrigatoriedade de realização de visita técnica, identificada no item 8.5 do Edital de Concorrência 015/2010, o que afronta o disposto na jurisprudência desse Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1948/2011, 3119/2010, 3197/2010, 2583/2010, 2477/2009, 874/2007, todos do Plenário/TCU e Acórdãos 1450/2009-TCU-2ª Câmara e 2028/2006-TCU-1ª Câmara;

h.3) exigência de certificação PBQP-H, identificada no item 8.8 do Edital de Concorrência 015/2010, o que afronta o disposto na jurisprudência desse Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1107/2006, 1291/2007, 2656/2007, 608/2008, 107/2009, 381/2009, todos do Plenário;

h.4) utilização de critério de medição mensal incompatível com o regime de execução por preço global, identificada na cláusula décima oitava, parágrafo segundo, do Contrato 023/2010 (peça 27), o que afronta o disposto no art. 6º, VIII, alínea a, da Lei 8.666/93 (item 6, desta instrução);

h.5) a cobrança indevida de 1% sobre os pagamentos realizados às empresas contratadas com recursos federais, ferindo o disposto no § 2º do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal;

i) remeter ao Ministério do Turismo cópia do Relatório de Demandas Especiais n. 00203.001164/2010-58 da Controladoria Geral da União (peça 50);

j) remeter cópia do acórdão que vier a ser proferido, assim como do relatório e do voto que o fundamentarem, ao Ministério do Turismo, à Controladoria Geral da União e à Secex Desenvolvimento.”

É o relatório.

VOTO

I

Examina-se Relatório de Auditoria realizada entre 23/3/2011 e 13/5/2011, na primeira etapa das obras de Urbanização e Revitalização da praia de Ponta Negra, em Manaus/AM, em cumprimento ao Acórdão 564/2011-TCU-Plenário, objeto do Fiscobras 2011.

A praia da Ponta Negra, situada às margens do rio Negro, dista 13 km do centro de Manaus. Originalmente habitada pelos índios Manaó, que deram origem ao nome da cidade, sua infraestrutura a transformou em uma das principais atrações turísticas da cidade. No local, ocorre grande número de apresentações artísticas nacionais e internacionais, com ampla oferta de cultura a seus frequentadores, que muitas vezes visitam a praia para a prática de exercícios e esportes ou simplesmente apreciar as belezas naturais.

Em razão das precárias condições das instalações existentes, o objetivo das obras é tornar o local um complexo turístico moderno e completo, capaz de oferecer melhor infraestrutura aos frequentadores, sobretudo em razão de a cidade de Manaus ter sido eleita uma das cidades sede da Copa do Munda Fifa 2014.

As reformas e benfeitorias compreendem: a demolição das estruturas existentes; a construção de praças, mirantes, anfiteatro, espelho d'água e banheiros; a implantação de calçadão e canteiros com arborização e jardinagem; a instalação de redes de água fria, esgoto, drenagem de águas pluviais, telefonia e iluminação; a construção de abrigo para subestação e de pequena estação de tratamento de esgoto. Além desses serviços, também está prevista a execução de aterro hidráulico e de muro de arrimo que permitirão a existência de faixa de praia permanente de 30 metros, mesmo nos períodos de cheia do Rio Negro.

As obras são custeadas com recursos do Convênio 704.862/2009, firmado entre a União, por meio do Ministério do Turismo, e o Município de Manaus/AM, tendo como interveniente executor a Secretaria Municipal de Infraestrutura. A vigência do ajuste abrangeu o período de 15/09/2009 (data da assinatura) e 28/9/2011, já considerada a prorrogação pelo 2º termo aditivo. O valor total do ajuste foi de R\$ 23.000.000,00, dos quais R\$ 22.080.000,00 (96%) são recursos da União e R\$ 920.000,00 (4%) assumidos como contrapartida do Município de Manaus/AM.

A 1ª etapa da obra de urbanização e revitalização da praia de Ponta Negra foi orçada em R\$ 29.190.454,45. A execução do empreendimento foi realizada pela empresa Mosaico Engenharia e Comércio Ltda., vencedora da Concorrência nº 015/2010-CL-SEMINF/PM, com quem foi celebrado o Contrato nº 23/2010, pelo valor de R\$ 29.085.368,79.

À época da fiscalização *in loco* da equipe de auditoria do TCU, ocorrida em 27/4/2011, apenas 29% das obras haviam sido executadas, momento em que faltavam cerca 4 meses para a conclusão do empreendimento (10/08/2011).

Em consulta ao Portal de Convênios, acessado no endereço <<https://www.convenios.gov.br/siconvno>>, em 31/10/2014, verificou-se que a data de término do convênio foi prorrogada para 16/11/2013, com prazo final de apresentação de prestação de contas previsto para o dia 15/08/2014. O exame final da prestação de contas pelo órgão concedente expira no dia 15/11/2014, considerado o prazo de noventa dias fixado pelo artigo 76 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011.

II

Conforme Relatório de Auditoria (peça 28), foram identificados os seguintes indícios de irregularidade:

- Achado 3.1. - Restrição à competitividade da licitação decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento, verificados no Edital de Concorrência nº 015/2010-CL-SEMINF/PM, cujo objeto é a contratação dos serviços de realização das obras de Urbanização e Revitalização da praia de Ponta Negra;

- Achado 3.2. – Aprovação de Projeto básico deficiente ou desatualizado, decorrente de insuficiência ou inadequação dos estudos geotécnicos realizados para execução das obras do empreendimento, as quais motivaram alterações no método executivo do serviço aterro hidráulico e aumento dos custos;

- Achado 3.3 - Desvio de objeto em razão de aplicação de recursos em finalidade não prevista no plano de trabalho do Convênio 704.862/2009;

- Achado 3.4 - Cláusulas contratuais em desacordo com os preceitos da Lei 8.666/1993, tendo em vista a fixação critério de medição de serviços incompatível com o regime de execução das obras.

Os achados 3.1 e 3.2 foram classificados como indícios de irregularidade grave com recomendação de continuidade (IG – C), e ensejaram audiência dos responsáveis Eraldo Bandeira Machado – Presidente da Comissão de Licitação da Prefeitura Manaus/AM e Américo Gorayeb Junior - Secretário Municipal de Infraestrutura de Manaus/AM.

Os achados 3.3 e 3.4 foram classificados como outras irregularidades (OI), dos quais apenas o primeiro motivou oitiva prévia do Município de Manaus/AM.

Examinei as respostas das audiências dos responsáveis e da oitiva do Município de Manaus, bem como as demais propostas de mérito.

Em audiência, foram convocados:

- ERALDO BANDEIRA MACHADO, Presidente da Comissão de Licitação da Concorrência 015/2010-CL-SEMINF/PM, por haver elaborado o edital do certame com cláusulas restritivas à licitação, consubstanciadas na impossibilidade de comprovação da qualificação técnico-profissional por meio de contrato de prestação de serviço por empreitada e por prazo determinado (itens 8.2, 8.4 e 8.4.1), nas exigências genéricas de qualificação técnica da licitante (item 8.3.2), nas limitações à apresentação de número de atestados para a comprovação técnico-operacional (item 8.3.1) e nas exigências relativas às visitas técnicas obrigatórias (item 8.5) e à apresentação de certificados de PB PQ-H (item 8.8), que não se enquadram na legislação em vigor, bem como na jurisprudência deste Tribunal, objeto do achado 3.1 do Relatório de Auditoria;

- AMÉRICO GORAYEB JUNIOR, Secretário Municipal de Infraestrutura de Manaus/AM, por haver aprovado o projeto básico para a obra de Ponta Negra com insuficiência/inadequação dos estudos geotécnicos para a realização do serviço de aterro hidráulico, quando deveria ter-se certificado da precisão dos projetos aprovados, objeto do achado 3.2 do Relatório de Auditoria.

Em oitiva, o Município de Manaus foi instado a manifestar-se acerca da aplicação de recursos do Convênio 704862/2009 em finalidade diversa da prevista no ajuste, objeto do achado 3.3.

Restrição à competitividade da licitação decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento (Achado 3.1 do Relatório de Auditoria)

Quanto às exigências genéricas de qualificação técnica e à limitação ao número de atestados para a comprovação técnico-operacional da licitante

Assiste razão ao justificante quanto a não estar comprovado, no Edital de Concorrência 015/2010-CL-SEMINF/PM, previsão de exigências genéricas de qualificação técnica dos licitantes ou limitação indevida ao número de atestados.

O instrumento convocatório (peça 15) fixou as seguintes condições de comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes:

“8.3. A Licitante deverá comprovar, conforme constante do Projeto Básico, sua Capacidade Técnico-Operacional em execução de obras semelhantes às especificadas, através de Atestado de Capacidade Técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA, que comprove a execução de serviços objeto da presente licitação.

8.3.1. As características e/ou parcelas de maior relevância e/ou valor significativo do objeto licitado deverão ser comprovadas através de atestado(s) ou certidão(ões) de serviços executados em nome da empresa licitante, onde deverão conter explicitamente todos os dados necessários à comprovação das características e quantitativos dos serviços executados, além das datas de início e término das obras. Admitir-se-ão a soma de atestados e/ou certidões em nome da licitante, em no máximo 03 (três) contratos, para todo o anexo abaixo relacionado:

<i>Descrição do Serviço</i>	<i>Unidade</i>	<i>Quantidade</i>
<i>Concreto estrutural, inclusive transporte, espalhamento e acabamento.</i>	<i>m³</i>	<i>900,00</i>
<i>Armação em aço CA-50/CA-60 para estrutura.</i>	<i>Kg</i>	<i>67.500,00</i>
<i>Estrutura Metálica.</i>	<i>m²</i>	<i>986,00</i>
<i>Forma em compensado resinado para estruturas de concreto.</i>	<i>m²</i>	<i>4.100,00</i>
<i>Estação de Tratamento de Esgoto (ETE)</i>	<i>Un</i>	<i>1,00</i>

8.3.2. A Licitante deverá comprovar, através de Atestado de Capacidade Técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA, a execução, em um mesmo contrato, de obra com área construída, de no mínimo de 4.000 m².” (grifei)

Consoante transcrito, o Edital distingue duas importantes exigências de qualificação técnico-operacional da licitante: comprovação, em único contrato, de realização de obra semelhante ao objeto da licitação com área mínima de 4.000 m²; demonstração da execução de parcelas de maior relevância e/ou valor significativo, descritas no quadro anexo, sendo facultado ao interessado comprová-la mediante a soma de atestados e/ou certidões em nome da licitante, em, no máximo, 3 (três) contratos.

De acordo com o memorial descritivo (peça 19), a 1ª etapa das obras de Urbanização e Revitalização da Ponta Negra compreende um conjunto de ações coordenadas envolvendo diversos ramos da engenharia (Civil, Elétrica, Hidráulica, Telefonia). Pretende-se realizar, no mesmo espaço físico, as seguintes intervenções urbanas: demolição de estruturas existentes; edificação de praças, mirantes, anfiteatro, espelho d'água e banheiros; construção de calçadão, canteiros com arborização e jardinagem; instalação de redes de água fria, esgoto, drenagem de águas pluviais, telefonia e iluminação; abrigo para subestação e pequena estação de tratamento de esgoto. Conforme estudos

preliminares do empreendimento (peça 59, p. 24), a área de intervenção da obra é da ordem de 20.000 m². Em vista da magnitude e complexidade do empreendimento, não se mostram desarrazoados os requisitos de habilitação técnica estabelecidos nos subitens 8.3.1 e 8.3.2 do Edital.

Da forma como foram delineadas, as exigências de habilitação técnica encontram respaldo no ordenamento jurídico e na jurisprudência do Tribunal. O art. 37, inciso XXI, da Constituição federal, c/c o artigo 30, §1º, inciso I, §2º. da Lei 8.666/1993, estabelece que a comprovação da execução pretérita de serviços para fins de qualificação técnica de licitantes deverá limitar-se às parcelas de maior relevância e valor significativo da licitação. A jurisprudência desta Corte construiu o entendimento de que a comprovação da capacidade técnico-operacional da empresa, salvo justificativa fundamentada em razão das peculiaridades do caso concreto, deve limitar-se a 50% das quantidades licitadas dos serviços especificados (acórdãos 1.284/2003, 2.088/2004, 1.635/2007, 1.636/2007, 2.656/2007, 1.949/2008, 2.215/2008, 2.882/2008, todos do Plenário, e 4.009/2009-TCU-1ª Câmara).

Ao consolidar a inteligência do Tribunal sobre o tema, foi editado o Enunciado 263 da Súmula de Jurisprudência do TCU, que dispõe:

“Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

Assim, acolho as razões de justificativa de Eraldo Bandeira Machado quanto às exigências genéricas de qualificação técnica e à limitação do número de atestados para a comprovação técnico-operacional da licitante.

Obrigatoriedade de realização de visita técnica

O item 8.5 do Edital de Concorrência 015/2010-CL-SEMINF/PM previu, como condição de qualificação técnica, a obrigatoriedade de o licitante apresentar atestado de visita técnica.

Tal condição revela-se excessiva e não tem fundamento no artigo 30, inciso III, da Lei 8.666/1993, o qual limita-se a exigir do licitante:

“III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;”

Também é assente o entendimento desta Casa que considera restritivo ao caráter competitivo do certame a obrigatoriedade de o licitante realizar visita ao local da obra como requisito de habilitação técnica. Nesse sentido, alinham-se os Acórdãos 1948/2011, 3119/2010, 3197/2010, 2583/2010, 2477/2009, 874/2007, todos do Plenário/TCU e Acórdãos 1450/2009-TCU-2ª Câmara e 2028/2006-TCU-1ª Câmara).

Embora a vistoria ao sítio das obras seja importante para que os licitantes tomem pleno conhecimento do objeto da licitação e das condições de execução, sua vinculação ao requisito de qualificação técnica compromete o ambiente concorrencial e favorece acordos prévios entre as concorrentes, principalmente na hipótese de prévia fixação de data específica para realização de visitas. Em sendo a referida inspeção facultativa, o licitante deverá, em todo caso, prestar declaração junto ao órgão contratante de haver tomado ciência das condições de execução previstas no Edital e do local de empreendimento, não podendo, assim, alegar desconhecimento das obrigações assumidas caso venha a ser contratado pela Administração.

Logo, rejeito as razões de justificativa apresentadas por Eraldo Bandeira Machado quanto à previsão no Edital de apresentação, pelo licitante, de atestado de visita técnica como condição de qualificação técnica.

Obrigatoriedade da apresentação de certificado do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade no Habitat (PBQP-H)

O item 8.8 do Edital de Concorrência 015/2010-CL-SEMINF/PM previu que o licitante deverá satisfazer a seguinte condição de habilitação técnica: apresentar certificado nível “A” do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade no Habitat (PBQP-H), no Município de Manaus, referente à especialidade técnica de Execução de Obras de Construção Civil, nos escopos de execução de obras de edificações, saneamento básico, viárias e de arte especiais.

A exigência de qualificação técnica não está prevista entre os requisitos de habilitação técnica definidos no artigo 30 da Lei 8.666/1993, razão pela qual é indevida. Além disso, essa condição implicou severa restrição ao caráter competitivo do certame. Com efeito, das cinco empresas que adquiriram o edital (Mosaico Engenharia Ltda., Construbase Engenharia Ltda., Construções e Comércio Camargo Correa S/A, Delta Construções S/A e Construcap – CCPS Engenharia e Comércio S/A), apenas a primeira sociedade possuía esse certificado.

Como bem salientou a Unidade Técnica, o processo de certificação PBQP-H exige a assunção de custos por parte da empresa, a exemplo de despesas de consultoria e modificação de processos produtivos. Ademais, sua obtenção demandaria tempo das licitantes que não são compatíveis com os prazos exíguos do processo licitatório. Por esses fatores, muitos potenciais licitantes ficariam alijados de acorrerem ao certame.

Portanto, rejeito as razões de justificativa aduzidas por Eraldo Bandeira Machado, sem, contudo, aplicar-lhe sanção pecuniária. No caso, verifica-se a excludente de ilicitude decorrente de a exigência de prévia certificação do licitante no PBQP-H haver sido imposta por Decreto Municipal nº 8.813, de 24 de janeiro de 2007, publicado no Diário Oficial do Município de Manaus, de 25 de janeiro de 2007 (peça 40, pág. 17).

Sem embargo, científico o Ministério do Turismo e Prefeitura de Manaus/AM sobre a ausência de amparo legal da exigência de certificação PBQP-H como requisito de habilitação técnica de licitantes em processos licitatórios para contratação de serviços custeados com recursos federais, como verificado nestes autos.

Impossibilidade de comprovação da qualificação técnico-profissional por meio de contrato de prestação de serviço por empreitada e por prazo determinado

O item 8.2 do Edital de Concorrência 015/2010-CL-SEMINF/PM estipulou exigência de a licitante **possuir, em seu quadro permanente e na data de licitação**, responsável técnico registrado no CREA, com diploma de nível superior e detentor de certidão de acervo técnico, expedida pelo referido órgão de fiscalização profissional. O acervo técnico deveria conter o registro da experiência do profissional na execução dos seguintes serviços: concreto estrutural, inclusive, transporte, espalhamento e acabamento; armação em aço CA-50/CA-60 para estrutura; estrutura metálica; forma em compensado resinado para estruturas de concreto; estação de tratamento de esgoto (ETE).

Mais adiante, o item 8.4 do Edital explicitou as condições de vinculação do profissional ao quadro permanente da empresa licitante:

“8.4 Entende-se, para fins deste Edital, como pertencente ao quadro permanente: a) empregado; b) sócio; c) diretor; d) responsável técnico; e a comprovação de vinculação do profissional detentor do acervo técnico deverá atender os seguintes requisitos:

a) Empregado: cópia da Ficha ou Livro de Registro de empregado registrada na DRT ou, ainda, cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social;

b) Sócio: Contrato ou Estatuto Social devidamente registrado no órgão competente;

c) Diretor: cópia do Contrato Social, em se tratando de firma individual ou limitada ou cópia da ata de eleição devidamente publicada na imprensa, em se tratando de sociedade anônima;

d) Responsável Técnico: cópia da certidão expedida pelo CREA da Sede ou Filial da Licitante onde consta o registro do profissional como responsável técnico da licitante.

8.4.1. Não será admissível, em nenhuma hipótese, contrato de prestação de serviços em regime temporário ou por empreitada como prova satisfatória de vínculo do profissional com a empresa. (grifei)

As exigências de qualificação técnico-profissional estampadas no instrumento convocatório comportam duas restrições indevidas ao caráter competitivo do certame licitatório: a exigência de o licitante possuir, na data da licitação, profissional com vínculo ao quadro permanente da empresa e detentor de acervo técnico, expedido pelo CREA com a realização de determinados serviços; a vedação à licitante de utilizar contratos de prestação de serviço em regime temporário ou por empreitada como meio de prova do vínculo do empregado à sociedade empresária.

De acordo com a jurisprudência do TCU, tais restrições são excessivamente restritivas ao caráter competitivo do certame e não atendem às finalidades almejadas pela Constituição e pela Lei. Ao dar concretude à diretriz fixada pelo artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, segundo a qual a licitação de obras, serviços, compras e alienações devem ser precedidas de exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, o Tribunal firmou entendimento de que as condições de comprovação da capacidade técnico-profissional da licitante, previstas no artigo 30, inciso II, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o ambiente concorrencial das licitações. Nesse diapasão, cito os Acórdãos 2.297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, 1.110/2007, 2.553/2007, 141/2008, 2.382/2008 e 1.043/2010, todos do Plenário.

Nessa toada, a qualificação técnico-profissional deve limitar-se à indicação de profissional detentor do acervo técnico estabelecido no edital que, à data da celebração da avença com a Administração, esteja vinculado à empresa por meio de contrato de prestação de serviços celebrado de acordo com a legislação civil comum, sem, necessariamente, possuir liame com o quadro permanente da empresa licitante. Dessa forma, a proibição à forma de contratação de prestação de serviços por empreitada ou por prazo determinado prevista no Edital reduziria a possibilidade de as empresas licitantes contarem com profissional capacitado para realização dos serviços a serem avençados com a Administração, o que lhes importaria gastos desnecessários com a contratação antecipada e por prazo indeterminado.

Logo, rejeito as razões de justificativa apresentadas por de Eraldo Bandeira Machado relativas às exigências de comprovação de capacidade técnico-profissional da licitante, previstas nos itens 8.2 e 8.4, subitem 8.4.1, do Edital.

Aprovação de Projeto básico deficiente ou desatualizado (Achado 3.2 do Relatório de Auditoria)

De acordo com o Relatório de Auditoria, o então Secretário de Infraestrutura do Município de Manaus/AM, Américo Gorayeb Junior, aprovou projeto básico para as obras de urbanização e

revitalização da praia de Ponta Negra sem a prévia realização de estudos geotécnicos necessários e suficientes a demonstrar a viabilidade técnica e econômica de aproveitamento de jazida de areia contida em área frontal à praia.

O projeto básico da obra previa execução do aterro hidráulico da orla da praia com a areia extraída do leito do rio Negro, em frente ao local do empreendimento. Com essa medida, não haveria gastos com transporte de material para o sítio das obras, sendo prevista a realização, apenas, dos serviços de mobilização/desmobilização de equipamentos, locação topográfica, bombeamento (dragagem) e espalhamento/adensamento da areia. Com fundamento nesses estudos, foi aprovado o projeto básico, dando ensejo à licitação e à contratação das obras.

Todavia, após o início da implantação do empreendimento, em novembro de 2010, a empresa executora - Mosaico Engenharia - resolveu estimar o potencial da jazida de areia contida na área frontal à praia de Ponta Negra, tendo contratado a sociedade Concresonda Engenharia e Tecnologia Ltda. Os relatórios de sondagem confirmaram a existência de jazida de areia sob o leito do rio. Entretanto, verificou que o depósito arenoso estava situado abaixo de uma camada de argila orgânica, escura, e de consistência mole a muito mole, com espessura variando entre 9 e 14 metros.

Nessas condições geológicas, de acordo com os laudos da Concresonda, não foi recomendada a extração de areia daquele local em razão da possibilidade de o material orgânico de baixa coesão desmoronar sobre as mangueiras de sucção misturando-se à areia e, conseqüentemente, danificar os equipamentos de dragagem. Assim, os estudos concluíram que a retirada de areia na localidade inicialmente prevista no projeto básico seria inviável em decorrência do alto custo desse serviço e da impossibilidade técnica.

Diante desse quadro e da necessidade de evitar a descontinuidade da execução das obras, a construtora, após o beneplácito da Administração, obteve o licenciamento de nova jazida de areia em localidade mais afastada ao sítio das obras. Esse fato ensejou alteração da metodologia executiva constante da planilha orçamentária original, gerando acréscimo de custo de transporte do material do local de dragagem até o sítio do empreendimento, na praia de Ponta Negra.

Em sua defesa (peça 41, página 12), Américo Gorayeb Junior invoca excludente de culpabilidade ao argumento de os estudos preliminares contratados pelo Município de Manaus para subsidiar a elaboração do projeto básico haverem indicado a viabilidade técnica da extração de areia do leito do rio Negro contíguo ao local das obras, possibilidade essa confirmada pelos relatórios de sondagem efetuados durante a execução das obras. Embora a solução inicial tenha sido considerada mais rápida e menos onerosa, não pôde ser implementada por fatores alheios à vontade do agente, haja vista a insuficiência de equipamentos adequados na região Norte.

A argumentação do defendente haveria de ser acolhida se, de fato, os estudos preliminares houvessem demonstrado a viabilidade técnica da extração da areia sob o leito do rio, em frente à praia de Ponta Negra. Não foi o que se verificou nos autos.

Embora os laudos de sondagem produzidos nos estudos iniciais tenham indicado a existência de jazida de areia no local mencionado, em momento algum demonstraram a viabilidade técnica e econômica da extração do mineral para a realização do aterro hidráulico da orla da praia de Ponta Negra. Como asseverou a Unidade Técnica, o perfil geológico identificado nos laudos iniciais era bastante semelhante ao obtido nos relatórios de sondagem realizados durante a execução das obras, ou seja, havia presença de depósito de areia sob espessa camada de argila de baixa coesão. Diante dessa situação, era dever de cautela do gestor técnico assegurar a possibilidade de retirada e aproveitamento do depósito de areia existente naquele local para execução do aterro hidráulico.

Não se trata de lacuna cuja minudência técnica pudesse passar despercebida pelo então Secretário Municipal de Infraestrutura. Segundo o Relatório de Auditoria, a utilização de material

arenoso era item de maior relevância financeira da obra, correspondendo a cerca de 40% do valor contratado. Por certo, houvessem os estudos preliminares e, por consequência, o projeto básico previsto, além da identificação de jazida de areia, a avaliação da possibilidade técnica de extração e dos custos de aproveitamento do material, as obras teriam sido licitadas e contratadas por preço que melhor refletisse as condições mercadológicas em relação a esse serviço.

Com a alteração promovida durante a execução do empreendimento, não há como garantir, a priori, que a nova metodologia adotada tenha sido a mais vantajosa para a Administração, mesmo porque, durante a fiscalização, não havia sido sequer formalizado termo aditivo com os novos valores dos serviços de mobilização/desmobilização de equipamentos, locação topográfica, bombeamento (dragagem) e transporte do material extraído até o local das obras.

Convém frisar que os estudos preliminares compõem parte essencial do projeto básico, cujas informações são imprescindíveis para aferir, entre outros aspectos, a viabilidade técnica do empreendimento, os custos da obra, bem como os métodos e prazo para execução. Nesse sentido, dispõe o artigo 6º, inciso IX, da Lei 8.666/1993:

“IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;” (grifei)

Ao discorrer sobre especificação técnica como um dos elementos técnicos do projeto básico, abrangido pela alínea “c” do inciso IX do artigo 6º da Lei 8.666/1993, a Orientação Técnica 001/2006 do IBRAOP (Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas) estabeleceu o seguinte conceito:

“5.3 Especificação Técnica

Texto no qual se fixam todas as regras e condições que se deve seguir para a execução da obra ou serviço de engenharia, caracterizando individualmente os materiais, equipamentos, elementos componentes, sistemas construtivos a serem aplicados e o modo como serão executados cada um dos serviços apontando, também, os critérios para a sua medição.” (grifei)

Desse modo, a mera apresentação de laudos preliminares de sondagem não satisfaz a exigência da especificação técnica do projeto básico, porquanto deveriam ter sido deduzidas as regras e condições para execução da obra ou serviços de engenharia, o que inclui a definição de material, equipamento e método executivo e equipamentos a serem utilizados na extração e aproveitamento de areia para realização do aterro hidráulico da orla da praia de Ponta Negra.

Portanto, rejeito as razões de justificativa apresentadas por Américo Gorayeb Junior.

Determino, ainda, ao órgão concedente que avalie a adequação dos novos preços dos serviços de mobilização/desmobilização de equipamentos, locação topográfica, bombeamento (dragagem) e espalhamento/adensamento da areia e transporte, em razão de alteração da localização de jazida de areia, conforme Termo Aditivo ao Contrato 023/2010, firmado entre a Secretaria de Infraestrutura do Município de Manaus/AM e a empresa Mosaico Engenharia e Comércio Ltda.

Desvio de objeto na execução do convênio em razão de aplicação de despesa em finalidade não prevista no plano de trabalho do ajuste (Achado 3.3 do Relatório de Auditoria)

A equipe de fiscalização verificou que parte dos recursos do Convênio 704.862/2009, celebrado entre a União, por meio do Ministério do Turismo, e o Município de Manaus/AM, não vinha sendo vertida às obras de Urbanização e Revitalização da praia de Ponta Negra, em desacordo com o plano de trabalho aprovado pelo órgão concedente e ao arrepio do disposto no artigo 39, inciso IV, Portaria Interministerial 127/2008.

O desvio de objeto tem origem na cláusula décima oitava, parágrafo sétimo, do Contrato nº 023/2010 (peça 27), firmado entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura (Seminf) e a empresa Mosaico Engenharia e Comércio Ltda. Essa cláusula contratual previu a obrigação de a Prefeitura de Manaus reter 1% sobre valor devido aos fornecedores, os quais seriam transferidos ao Fundo Municipal de Fomento à Micro e Pequena Empresa (Fumipeq), em cumprimento ao art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332 de 19 de maio de 2009.

Os valores retidos em cada pagamento a fornecedores seriam automaticamente repassados para o Programa Empreender Manaus, com o objetivo de desenvolver os setores econômicos cujas atividades produtivas necessitam de suporte financeiro para auto sustentação (Lei 1.332/2009, art.1º). Até a realização da auditoria, já haviam sido glosados R\$ 85.045,98 (até a 7ª medição do contrato). Somente no âmbito do Contrato nº 023/2010, o montante previsto para essa retenção alcança R\$ 291.904,54, tendo em conta valor total.

De acordo com a instrução, os valores transferidos ao fundo municipal oneram indevidamente o contrato administrativo sem que haja contrapartida da realização do objeto do convênio, pois a empresa contratada certamente incluirá essas cobranças entre as despesas indiretas incidentes sobre os custos diretos de realização das obras.

A equipe de auditoria suscita, ainda, possível inconstitucionalidade derivada da cobrança instituída pela Lei 1.332/2009 do Município de Manaus/AM. Isso porque, em caso semelhante, o Tribunal de Justiça da Paraíba (Incidente de Constitucionalidade nº 200.2008.037123-6/002-Capital), declarou a inconstitucionalidade incidental de dispositivos da Lei Estadual 7.947, de 22/03/2006, que criaram a Taxa de Processamento da Despesa Pública (TPDP). A TPDP tinha como fato gerador o processamento do pedido de pagamento formalizado por credores do Estado da Paraíba em razão de contratos de obras públicas, prestação de serviços, de trabalhos artísticos, ou fornecimento de máquinas, equipamentos, aparelhos, mobiliário, utensílios e instrumentos. Conforme os fundamentos da decisão judicial, a criação da referida taxa não correspondia à contraprestação de serviço público destinado ao contribuinte, além de ferir o princípio da proporcionalidade pela forma de arrecadação.

Instado a manifestar-se a respeito, o Município de Manaus arguiu, em essência, a autonomia federativa para legislar sobre instituição de despesas de interesse específico daquele ente subnacional, a prevalência da lei municipal sobre a disciplina normativa da União em relação à destinação dos recursos do convênio e a presunção, salvo decisão judicial em contrário, de que os contratos administrativos não estariam indevidamente onerados pela cobrança instituída pela Lei Municipal 1.332/2009.

As razões apresentadas pelo ente federativo não merecem ser acolhidas.

Não se discute, nestes autos, a possibilidade de o Município de Manaus/AM instituir, mediante diploma legislativo, mecanismos de financiamento de programas de interesse local, pois tal competência é plenamente assegurada pelo artigo 30, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Também não se cogita eventual caracterização da despesa como tributo, como havia suscitado a Unidade Técnica, pois o Tribunal não seria competente para declará-la, muito menos para afastar a sua aplicação ao caso concreto em razão de possível vício de inconstitucionalidade.

Do ponto de vista estritamente formal, a Lei Municipal 1.332, de 19 de maio de 2009, cria o Fundo Municipal de Fomento à Micro e Pequena Empresa – FUMIPEQ com a finalidade específica de desenvolver setores econômicos cujas atividades produtivas necessitam de suporte financeiro para auto sustentação, por meio do Programa Empreender Manaus. Entre as fontes de recursos do FUMIPEQ previstas na referida norma municipal, consta *“o produto resultante de um por cento, sobre os valores de pagamentos realizados pelo Município de Manaus, relativos ao fornecimento de bens, serviços e construção de obras, creditados automaticamente ao Programa Empreender Manaus”* (artigo 3º, inciso I). Na prática, esse dispositivo legal impõe a glosa de percentual fixo dos pagamentos devidos a todos os credores do Município e a transferência automática para o referido fundo municipal.

Seguindo essa norma local, a Prefeitura de Manaus estipulou, no Contrato nº 023/2010, a obrigação de a Administração reter a quantia de 1% do valor das faturas emitidas pela empresa Mosaico Engenharia e Comércio Ltda., para, assim, transferi-la ao Fundo Municipal de Fomento à Micro e Pequena Empresa. Considerando que os pagamentos efetuados à conta da referida avença têm por fonte de custeio os recursos do Convênio 704.862/2009, firmado entre a União, por meio do Ministério do Turismo, e o Município Manaus/AM, é inegável que o percentual retido das faturas emitidas pela empresa contratada deixará de ser empregado nas obras de Urbanização e Revitalização da praia de Ponta Negra, ao mesmo tempo que onera indevidamente o contrato administrativo e compromete percentual da contrapartida municipal.

Referida glosa e transferência automática de parte dos pagamentos devidos à empresa contratada equivale a uma forma deturpada de financiamento indireto da União a programas de interesse exclusivo do ente municipal, à revelia da finalidade do convênio.

Em razão de tal proceder, é bastante provável que a empresa contratada pela Prefeitura de Manaus para realização das obras objeto do ajuste tenha embutido, em suas despesas indiretas, o percentual instituído pela lei municipal, pois não seria crível que a sociedade empresarial, à semelhança dos tributos indiretos, assumisse o ônus de custear a referida retenção, sem repassá-la àquele que irá efetivamente suportá-la mediante contraprestação pecuniária. Assim, é razoável supor que a sociedade empresária adicione esse percentual fixo às despesas indiretas, o qual repercutirá no preço final das obras, cujos ônus financeiro será majoritariamente assumido pela União.

O mesmo raciocínio aplica-se aos recursos de contrapartida municipal previstos no acordo de convênio. A retenção de percentual do valor das faturas da contratada também terá reflexo na diminuição dos valores que, por força do instrumento do ajuste, deveriam ser integralizados no objeto do ajuste. Dessa forma, ao glosar parcela correspondente a 1% dos seus próprios recursos, o

conveniente desonera parte de sua obrigação de contrapartida, fazendo com que esses recursos retornem indevidamente aos cofres do tesouro municipal.

A aplicação dos recursos da União transferidos por intermédio do aludido convênio em finalidade diversa da aprovada no plano de trabalho, além de contrariar a Cláusula Terceira, inciso II, alínea “b” do instrumento do ajuste, infringe as vedações contidas nos artigos 25, § 2º, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e 39, inciso IV, da Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008, à época vigente:

LRF

“Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

(...)

§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.”

Portaria Interministerial nº 127/2008

“Art. 39. O convênio ou contrato de repasse deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:

(...)

IV - utilizar, ainda que em caráter emergencial, os recursos para finalidade diversa da estabelecida no instrumento, ressalvado o custeio da implementação das medidas de preservação ambiental inerentes às obras constantes do Plano de Trabalho;”

Ao contrário do que sustenta a defesa do Município de Manaus, a disciplina normativa da União que vincula a aplicação de recursos federais às finalidades delineadas no convênio não representa qualquer invasão ou ingerência na esfera de autonomia federativa daquele ente subnacional. Os valores transferidos pelo acordo permanecem sob domínio e jurisdição da União até que sejam definitivamente empregados nas obras e benfeitorias previstas no ajuste.

As descentralizações de recursos federais instrumentalizadas por convênio são típicas operações de transferências voluntárias do ente repassador, cujos valores não integram originariamente o orçamento do Município de Manaus, como ocorre nas transferências constitucionais oriundas da repartição de tributos ou de operações de crédito. Nos termos do artigo 10 do Decreto Lei 200/1967, o convênio firmado com outra unidade federativa caracteriza-se como típica descentralização da atividade administrativa da União que, em regime de cooperação e de interesse recíproco com o ente federativo beneficiário, realiza obra, serviço e atividade de alcance local.

Assim, rejeito as razões apresentadas pelo Município de Manaus/AM.

Considerando que o exame da prestação de contas do Convênio 704.862/2009 encontra-se pendente de análise pelo órgão concedente, fixo prazo de 90 dias, a contar da ciência, para que o Ministério do Turismo adote as gestões necessárias junto à Prefeitura de Manaus a fim de restituir aos cofres do Tesouro Nacional a retenção indevida de percentual fixo dos pagamentos custeados com os recursos federais repassados pelo referido ajuste, em razão da determinação contida no art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332 de 19 de maio de 2009, os quais não foram utilizados na finalidade nas obras

de Urbanização e Revitalização da Praia de Ponta Negra e contrariaram a Cláusula Terceira, inciso II, alínea “b” do instrumento de Convênio e as vedações contidas nos artigos 25, § 2º, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e 39, inciso IV, da Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008, à época vigente. Ao cabo desse período, o órgão ministerial deverá informar ao Tribunal sobre as medidas encetadas.

Outras irregularidades

No Contrato nº 023/2010, firmado entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura e a empresa Mosaico Engenharia e Comércio Ltda. (achado 3.4 do Relatório de Auditoria), foi estipulado critério de medição mensal de serviços incompatível com o regime de execução de empreitada por preço global definido pelo edital de Concorrência nº 015/2010-CL-SEMINF/PM.

O art. 6º da Lei de Licitações e Contratos define o regime de execução de empreitada por preço global como uma forma de execução indireta, na qual se contrata com terceiros a execução da obra ou do serviço por preço certo e total. Nesse regime, o contratante deve realizar o pagamento por etapa da obra concluída e não por medições mensais dos serviços efetivamente realizados, como está previsto no contrato em comento.

Embora a falha não tenha sido justificada pelo órgão municipal, a irregularidade não ostenta gravidade. Por essa razão, acompanho proposta da Unidade Técnica de cientificar a Prefeitura de Manaus/AM a respeito desse fato, a fim de prevenir futura reincidência.

Ainda em relação aos projetos de Urbanização e Revitalização da Praia de Ponta Negra em Manaus, a Controladoria Geral da União (CGU) dá conhecimento a este Tribunal dos seguintes indícios de irregularidade, verificados no Relatório de Demandas Especiais nº 00203.001164/2010-58 (peça 50):

a) Deficiências nos Atos Afetos à Celebração do Convênio;

a.1) Ausência de documentação imprescindível à celebração do Convênio e prorrogação “de ofício” sem justa causa;

a.2) Alteração do Plano de Trabalho com majoração dos custos da etapa “Estudos e Projetos” em 146,5%;

b) Deficiência nas Análises dos Projetos Técnicos constitutivos do objeto do Convênio – inconsistências na quantificação e qualificação do item “Aterro Hidráulico”;

b.1) Superestimativa de 996.427,53 m³ (1.083.502,53 – 87.075,00) no volume de aterro hidráulico necessário à execução da primeira etapa do projeto, que corresponde, considerando os valores estimados para os serviços constantes da planilha orçamentária, a uma majoração ilícita no montante de R\$10.836,149,37;

c) Deficiência nas Análises dos Projetos Técnicos constitutivos do objeto do Convênio – inconsistências na composição de custos de serviços de instalação de equipamento para bombeamento do material dragado;

c.1) Excesso do custo unitário de material dragado por bombeamento, o qual passou de R\$ 2,51/h para R\$ 10,85/m³. Essa majoração provocou um acréscimo equivalente a 332% no preço unitário do serviço, verificando-se para o volume de aterro hidráulico constante no orçamento um sobrepreço de $1.083.502,53 \text{ m}^3 \times (\text{R\$ } 10,85 - \text{R\$ } 2,51) = \text{R\$ } 9.036.411,10$;

d) Deficiência nas Análises dos Projetos Técnicos constitutivos do objeto do Convênio – inconsistências na composição de custos dos itens “Muro de Arrimo”;

d.1) No item escavação manual de vala, das Memórias de Cálculo da Prefeitura Municipal de Manaus, considerou-se indevidamente o comprimento total do muro (884,20m, quando na verdade o comprimento é de 380,20m). Tal manobra ocasionou sobrepreço de R\$ 235.661,31;

e) Deficiência nas Análises dos Projetos Técnicos constitutivos do objeto do Convênio – inconsistências na composição de custos dos itens de serviço "Remoção de Material Imprestável" e "Transporte de Material", importando em sobrepreço de R\$ 451.841,08;

f) Inconsistência das informações relacionadas a concessão da Licença Ambiental do empreendimento no tocante ao dimensionamento do impacto ambiental.

Tendo em vista a gravidade dos indícios de irregularidade apontados pelo relatório da CGU e no intuito de evitar a duplicidade de esforços, determino ao Ministério do Turismo que, no prazo fixado para adoção das providências relativas ao achado 3.3 do relatório de auditoria, também apresente a este Tribunal as conclusões do exame da prestação de contas do Convênio 704.862/2009, incluindo a análise das irregularidades identificadas no Relatório de Demandas Especiais nº 00203.001164/2010-58 da Controladoria Geral da União.

Por fim, dou ciência à Secretaria de Infraestrutura do Município de Manaus sobre todas as irregularidades identificadas nestes autos.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal aprove a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação do Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de novembro de 2014.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

ACÓRDÃO Nº 3291/2014 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 006.576/2011-7.
- 1.1. Apenso: 025.019/2010-4
2. Grupo II – Classe de Assunto V: Relatório de Auditoria
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Congresso Nacional
 - 3.2. Responsáveis: Américo Gorayeb Junior (075.701.202-72); Eraldo Bandeira Machado (229.415.842-34); Prefeitura de Manaus - AM (04.365.326/0001-73).
4. Órgãos: Ministério do Turismo; Prefeitura de Manaus - AM.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Obras de Infraestrutura Urbana (SecobUrban).
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia Relatório de Auditoria realizada na primeira etapa das obras de Urbanização e Revitalização da praia de Ponta Negra, em Manaus/AM, em cumprimento ao Acórdão 564/2011-TCU-Plenário, objeto do Fiscobras 2011.

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

9.1. acolher as razões de justificativa apresentadas por Eraldo Bandeira Machado em decorrência da elisão dos indícios de irregularidade concernentes à previsão de exigências genéricas de qualificação técnica e de limitação do número de atestados para a comprovação técnico-operacional da licitante, contidas nos itens 8.3.1 e 8.3.2 do Edital da Concorrência 015/2010-CL-SEMINF/PM (Achado 3.1 do Relatório de Auditoria);

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Eraldo Bandeira Machado em decorrência da não elisão do indício de irregularidade referente à estipulação de prévia certificação da licitante no Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade no Habitat (PBQP-H), como requisito de habilitação técnica exigido no item 8.8 do Edital de Concorrência 015/2010-CL-SEMINF/PM, sem, no entanto, aplicar sanção pecuniária ao responsável por este fato;

9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Eraldo Bandeira Machado em decorrência da não elisão dos indícios de irregularidade referentes à previsão de exigências indevidas de comprovação de capacidade técnico-profissional da licitante, de obrigatoriedade de o licitante apresentar atestado de visita técnica, contidas, respectivamente, nos itens 8.2, 8.4 e 8.5 do Edital de Concorrência 015/2010-CL-SEMINF/PM (Achado 3.1 do Relatório de Auditoria);

9.4. rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Américo Gorayeb Junior em decorrência da não elisão do indício de irregularidade referente à aprovação de projeto básico deficiente com a insuficiência de estudos geotécnicos necessários à identificação e à avaliação da viabilidade técnica e econômica de aproveitamento de jazida de areia para realização do serviço de aterro hidráulico na orla da praia de Ponta Negra (Achado 3.2 do Relatório de Auditoria);

9.5. rejeitar as justificativas apresentadas pelo Município de Manaus/AM, atinentes à retenção indevida de percentual fixo dos pagamentos custeados com os recursos federais transferidos pelo Convênio 704.862/2009, firmado entre a União, por meio do Ministério do Turismo, e a referida municipalidade, em razão do que determinar o art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332 de 19 de maio de 2009, os quais não foram utilizados na finalidade nas obras de Urbanização e Revitalização da Praia de Ponta Negra e contrariaram a Cláusula Terceira, inciso II, alínea “b” do instrumento de Convênio e

as vedações contidas nos artigos 25, § 2º, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e 39, inciso IV, da Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008, à época vigente (Achado 3.3 do Relatório de Auditoria);

9.6. com fundamento no artigo 58, II, da Lei 8.443/1992, c/c com os artigos 214, inciso III, alínea 'a', 268, inciso II, do Regimento Interno do TCU, aplicar ao responsável Eraldo Bandeira Machado multa de R\$ 2.500,00 (dois mil quinhentos reais), fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.7. com fundamento no artigo 58, II, da Lei 8.443/1992, c/c com os artigos 214, inciso III, alínea 'a', 268, inciso II, do Regimento Interno do TCU, aplicar ao responsável Américo Gorayeb Junior multa de R\$ 3.000,00 (três mil reais), fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.8. autorizar, desde logo, nos termos do artigo 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não sejam atendidas as notificações;

9.9. determinar ao Ministério do Turismo, com fundamento no art. 251 do Regimento Interno do TCU, c/c com o art. 4º, inciso II, da Portaria 27/2009-Segecex, que, no prazo de noventa dias, a contar da notificação, informe ao Tribunal a adoção das seguintes providências:

9.9.1 gestões necessárias junto à Prefeitura de Manaus a fim de restituir aos cofres do Tesouro Nacional a retenção indevida de percentual fixo dos pagamentos custeados com os recursos federais repassados pelo Convênio 704.862/2009, em razão da determinação contida no art. 3º, inciso I, da Lei Municipal 1.332 de 19 de maio de 2009, os quais não foram utilizados nas obras de Urbanização e Revitalização da Praia de Ponta Negra e contrariaram a Cláusula Terceira, inciso II, alínea "b" do instrumento de ajustes e as vedações contidas nos artigos 25, § 2º, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e 39, inciso IV, da Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008, à época vigente (Achado 3.3 do Relatório de Auditoria);

9.9.2 saneamento das irregularidades apontadas no Relatório de Demandas Especiais 00203.001164/2010-58, da Controladoria Geral da União;

9.9.3 adequação dos novos preços dos serviços de mobilização/desmobilização de equipamentos, locação topográfica, bombeamento (dragagem) e espalhamento/adensamento da areia e transporte, em razão de alteração da localização de jazida de areia, conforme Termo Aditivo ao Contrato 023/2010, firmado entre a Secretaria de Infraestrutura do Município de Manaus/AM e a empresa Mosaico Engenharia e Comércio Ltda. (Achado 3.2 do Relatório de Auditoria);

9.9.4. manifestação conclusiva quanto ao exame da prestação de contas final do Convênio 704.862/2009, firmado entre a União, por meio do Ministério do Turismo, e o Município de Manaus/AM;

9.10. cientificar a Secretaria Municipal de Infraestrutura de Manaus-AM sobre as seguintes irregularidades verificadas nestes autos:

9.10.1 proibição de utilização de contratos de prestação de serviço para a qualificação técnico-profissional das licitantes, identificada no item 8.4.1 do Edital de Concorrência 015/2010, o que afronta o disposto na jurisprudência desse Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 2297/2005-TCU-Plenário, 597/2007-TCU-Plenário, 2.553/2007-TCU-Plenário, 141/2008-TCU-Plenário, 2.382/2008-TCU-Plenário e 1.043/2010-TCU-Plenário;

9.10.2. obrigatoriedade de realização de visita técnica, identificada no item 8.5 do Edital de Concorrência 015/2010, o que afronta o disposto na jurisprudência desse Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1948/2011, 3119/2010, 3197/2010, 2583/2010, 2477/2009, 874/2007, todos do Plenário/TCU e Acórdãos 1450/2009-TCU-2ª Câmara e 2028/2006-TCU-1ª Câmara;

9.10.3. exigência de certificação PBQP-H, identificada no item 8.8 do Edital de Concorrência 015/2010, o que afronta o disposto na jurisprudência desse Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1107/2006, 1291/2007, 2656/2007, 608/2008, 107/2009, 381/2009, todos do Plenário;

9.10.4. utilização de critério de medição mensal incompatível com o regime de execução por preço global, identificada na cláusula décima oitava, parágrafo segundo, do Contrato 023/2010 (peça 27), o que afronta o disposto no art. 6º, VIII, alínea a, da Lei 8.666/93 (item 6, desta instrução);

9.10.5. a cobrança indevida de 1% sobre os pagamentos realizados às empresas contratadas com recursos federais, ferindo o disposto no § 2º do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal;

9.11. remeter ao Ministério do Turismo cópia do Relatório de Demandas Especiais nº 00203.001164/2010-58, da Controladoria Geral da União (peça 50);

9.12. 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. 98 da Lei 12.919/2013 (LDO/2014), no Edital de Concorrência nº 013/2010, relativo à obra de Urbanização e Revitalização Ponta Negra-Manaus/AM - Etapa 1;

9.13. encaminhar cópia do acórdão, assim como do relatório e do voto que o fundamentam, ao Ministério do Turismo, à Controladoria Geral da União e ao Município de Manaus/AM.

10. Ata nº 47/2014 – Plenário.

11. Data da Sessão: 26/11/2014 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3291-47/14-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler e Raimundo Carreiro.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

AROLDO CEDRAZ

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

PAULO SOARES BUGARIN

Procurador-Geral