



**TC 016.099/2017-6**

**Tipo:** Representação

**Unidade jurisdicionada:** Empresa Baiana de Águas e Saneamento (Embasa); Caixa Econômica Federal.

**Representante:** Ministério Público Federal – Procuradoria da República em Vitória da Conquista/BA.

**Representado(a):** Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (EMBASA).

**Interessado em sustentação oral:** Não há.

**Proposta:** Oitiva. Diligência.

## I - INTRODUÇÃO

Trata-se de expediente remetido pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em Vitória da Conquista/BA (peça 2), noticiando acerca de possível irregularidade na contratação da obra de represamento do Rio Catolé, no município de Barra do Choça/BA.

2. Extraí-se da documentação encaminhada pelo *Parquet* federal que o supradito empreendimento será custeado com recursos do termo de compromisso n. 0394.941-94/2012 (peça 2; p.116), celebrado entre o Governo da Bahia (compromissário) e a União Federal, por intermédio do Ministério das Cidades, a qual, na qualidade de compromitente repassadora, compromete-se a destinar a importância de R\$141.030.000,04 para a implantação da barragem. A título de contrapartida, consta na cláusula quarta do aditivo ao mencionado termo de compromisso que, o compromissário desembolsará a importância de R\$14.150.783,70 (peça 2; p. 98).

3. Atuam no ajuste, ainda, a Caixa Econômica Federal, na qualidade de representante da União, e a Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (EMBASA), interveniente executora e responsável diretamente pelos atos de gestão do projeto (peça 2; p. 100).

4. A irregularidade noticiada pelo órgão ministerial refere-se à inobservância da legislação ambiental, especialmente em razão da ausência de licença prévia exigida pela Resolução CONAMA n. 237/1997, assim como das limitações do art. 20 da Lei n. 11.428/2006 (restrições à supressão de vegetação primária do Bioma Mata Atlântica).

## II. – EXAME DE ADMISSIBILIDADE

5. Inicialmente, deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

6. Além disso, os Procuradores da República possuem legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso I do art. 237 do RI/TCU, c/c o art. 6º, XVIII, da LC n.75/1993.

7. Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, *in fine*, da Resolução – TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato da suposta irregularidade, pois, a ausência de licenciamento ambiental poderá, em tese, causar prejuízo à União, decorrente de dificuldades na conclusão do projeto após a aplicação dos recursos repassados.

8. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

### III - SÍNTESE DOS ACONTECIMENTOS

9. Consta-se na documentação que acompanha o ofício do MPF que em função da lacuna quanto aos estudos ambientais a Procuradoria da República instaurou o inquérito civil n. 1.14.007.000144/2017-10, culminando na ação civil pública n. 3998-85.2017.4.01.3307, em trâmite na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Vitória da Conquista.

10. No bojo dessa ação civil foi deferida tutela provisória de urgência suspendendo-se a licitação para contratação do empreendimento, originalmente agendada para 29 de maio de 2017 (peça 04).

11. Além dessa providência, o Exmo. Juiz Federal João Batista de Castro Júnior determinou: i) a suspensão do ato administrativo que dispensou o licenciamento da obra de represamento do rio Catolé; ii) que o INEMA exigisse da EMBASA a apresentação de pedido de licenciamento ambiental, apreciando-o conforme a legislação aplicável; iii) que o Estado da Bahia e a Caixa Econômica Federal (CEF) se abstivessem de realizarem qualquer pagamento ou transferência, ainda que sob outra forma dissimulada, até que a obra integrante do Termo de Parceria nº 0394.941-94/2012 e seus aditivos fosse devidamente licenciada.

12. Posteriormente, o Estado da Bahia requereu modificação da decisão liminar, argumentando que não haveria mais controvérsia quanto à necessidade de licenciamento ambiental, bem como autorização para prosseguimento do certame licitatório, de maneira que, a celebração do contrato permaneceria suspensa até a obtenção da licença ambiental e atendimento das respectivas condicionantes.

13. Analisando o pleito, o Exmo. Juiz Federal decidiu nos seguintes termos (Peça 02; p. 09):

I. DEFIRO o pedido do estado da Bahia para modificar a tutela de urgência a fim de permitir o prosseguimento da licitação RD 001/2017 até a fase de homologação, ficando condicionada a assinatura do contrato à apresentação da licença ambiental prévia com o cumprimento de eventuais condicionantes.

II. Determino a intimação do INEMA, CEF e Embasa para que, no prazo de cinco dias, se pronunciem sobre a manifestação do estado da Bahia acerca de incontestância da exigência de licenciamento ambiental feita às fls. 276.

14. Em razão dessa decisão, a empresa estadual realizou, na data de 21/07/2017, a sessão para recebimento das propostas e oferta de lances do RDC 001/17, culminando na obtenção de proposta no montante de R\$130.845.853,18, representando desconto de 27,5% em relação ao valor global estimado pela EMBASA (R\$180.476.073,35).

15. Feita a exposição dos acontecimentos até a presente data, passa-se à análise de mérito da irregularidade noticiada pelo MPF, assim como de outros aspectos observados na documentação da licitação RDC 001/2017, obtida no portal da EMBASA ([www.embasa.ba.gov.br](http://www.embasa.ba.gov.br)), em especial o edital do certame, termo de referência e planilha orçamentária.

#### IV. – EXAME TÉCNICO

##### IV.1 - Irregularidade: Desrespeito à legislação ambiental. Critério Legal: Art. 2º, *caput*, c/c art. 8º, inciso I, da Resolução CONAMA 237/1997; art. 15, *caput* e art. 20, parágrafo único, ambos da Lei n. 11.428/2006

16. Depreende-se da documentação juntada pelo MPF que o Estado da Bahia pretendia licitar e contratar as obras da barragem do Rio Catolé Grande sem a emissão da licença ambiental correspondente. A justificativa para esse procedimento estaria no Decreto Estadual n. 14.389/2013, o qual isentaria de licenciamento ambiental os reservatórios artificiais, açudes ou barreiros com área inundada de até 200 hectares localizados em regiões com situação de emergência ou calamidade pública decorrentes dos efeitos da seca.

17. Na visão do *parquet* federal, o referido decreto não poderia ser utilizado como fundamento da dispensa do licenciamento ambiental, já que:

i) o próprio art. 4º, § 1º, do Decreto Estadual n. 14.389/2013 excepcionaria a dispensa do licenciamento quando a obra afetasse áreas de preservação permanente;

ii) a área de inundação do empreendimento, se calculada em conjunto com as decorrentes dos demais barramentos existentes na bacia do Rio Pardo, consoante determina o art. 41 da Lei Estadual n. 10.431/2006, superaria o limite de 200 hectares referenciado no decreto estadual;

iii) a Lei Federal n. 11.428/2006 estabeleceria regras mais rígidas para supressão de vegetação de Mata Atlântica, permitindo-as somente em caráter excepcional e sempre mediante realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (EPIA/RIMA).

18. A respeito dessas impropriedades, percebe-se que na decisão que modificou a tutela de urgência que determinou a suspensão do RDC 001/2017 (peça 05) consta a informação de que o **Estado da Bahia reconhece a impropriedade da ausência de licença ambiental do empreendimento**. Vejamos:

Convém inicialmente lembrar que, na reunião designada para fins de conciliação, nasceu uma incontroversa bastante clara: os **Réus admitiram que a obra exige mesmo licenciamento ambiental, não se lhe sendo aplicável o amparo normativo cuja interpretação o dispensou**, apesar da insistência do INEMA, em sua peça contestatória, com o argumento de adequação legal da dispensa (fls. 216-230). A manifestação do estado da Bahia, em contraponto a isso, no âmbito do requerimento reconsideratório, é assisadamente coerente com que o eminente Procurador Geral do Estado disse na assentada de conciliação: “[q]uanto à necessidade de licença, não há mais controvérsia nos autos” (fls.276).

19. Em razão dessa confissão, a tutela de urgência foi modificada, na forma acima exposta.

20. No que importa aos autos desta representação, verifica-se que o próprio Estado da Bahia confirma a realização de licitação de empreendimento de grande vulto (art. 6º, V, Lei n. 8.666/1993) sem o devido licenciamento ambiental. **Ou seja, pela manifestação do ente federado no bojo da ação civil pública, a irregularidade resta confirmada.**

21. *In casu*, vale destacar que a modificação da tutela antecipada, deferida inicialmente pela Justiça Federal para suspender o pregão, em nada aproveita na elisão do ato irregular, pois, consoante pacífica jurisprudência deste Tribunal de Contas da União, **a licitação de obras públicas deve ser precedida da obtenção da licença ambiental prévia:**

Acórdão TCU n. 2282/2011 – Plenário – Relator Ministro André de Carvalho

9.1 determinar ao Departamento Nacional de Obras Contra as Secas, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, por ocasião da elaboração do orçamento-base e do novo edital alusivos aos serviços de construção da Barragem Fronteiras, no rio Poti, adote as seguintes providências:

(...)

9.1.2. adote providências que resultem em correção das seguintes irregularidades, apuradas nesta fiscalização:

(...)

**9.1.2.7. de flagração de procedimento licitatório para execução de obra, antes da obtenção da licença ambiental prévia**, em afronta aos arts. 6º, inciso IX, 7º, § 2º, inciso I e 12, da Lei nº 8.666, de 1993, art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e art. 8º, inciso I, da Resolução Conama nº 237, de 22 de dezembro de 1997, e à reiterada jurisprudência desta Corte de Contas;

Acórdão TCU n. 909/2011 – Plenário – Relator Ministro Ubiratan Aguiar

9.2. com amparo no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, determinar ao Ministério da Pesca e Aquicultura – MPA que:

9.2.1. condicione a continuidade da Concorrência nº CO-001/2010, destinada à contratação de empresa para a execução de todas as atividades e serviços necessários para construir as instalações do Terminal Pesqueiro Público do Estado do Rio de Janeiro – TPP/RJ, ou dos atos dela decorrentes, no caso de já estar concluída, à observância dos seguintes procedimentos:

**9.2.1.1. emissão, pelo órgão ambiental competente, das licenças prévia e de instalação ;**

Acórdão TCU n. 3051/2009 – Plenário – Relator Ministro André de Carvalho

9.1. determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, à empresa Amazonas Distribuidora de Energia S.A. que:

(...)

**9.1.13.4. obtenha licença ambiental prévia válida concedida pelo órgão ambiental competente antes da fase de projeto básico**, a fim de assegurar que o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento esteja contemplado, nos termos do art. 12, inciso VII da Lei 8.666, de 1993;

Acórdão TCU n. 1934/2009 – Plenário – Relator Ministro José Jorge

9.7. determinar ao Embratur que:

**9.7.14. exija dos convenentes o cumprimento da obrigatoriedade de apresentação da licença ambiental prévia nos convênios envolvendo obras**, instalações ou serviços que exijam estudos ambientais, conforme previsto na Resolução Conama n.º 1/1996, na IN/STN 1/1997 (alterada pela IN STN 5/2004) e na Portaria Interministerial MP/MF/MCT n.º 127/2008, a fim de evitar a ocorrência verificada no Processo n.º 1679/00, Convênio n.º 88/2000;

Trecho Voto Acórdão TCU n. 2352/2006 – Plenário – Relator Ministro Marcos Vinícios Vilça

43. Assiste razão à Secob quando reclama que **os projetos básico e executivo foram aprovados e a licitação iniciada sem os estudos ambientais. O argumento de que a expedição da Licença Prévia n.º 385/Nucof/Sedam, em 27/8/2004, após, portanto, a licitação e a aprovação do projeto executivo, torna superada a irregularidade e a transforma em vício formal, não pode ser acolhido**. A irregularidade ocorreu. Mas não creio que os responsáveis devam ser sancionados, ante a presença, no orçamento, da previsão de gastos para recuperação de áreas degradadas. O projeto executivo prevê, em item específico, os

serviços correspondentes, a um custo de 854,6 mil reais no orçamento do DNIT e 1,2 milhões na proposta da empresa, ambos a preços de julho de 2006.

44. Nesse ponto, ante a fragilidade com que a questão ambiental foi tratada, julgo necessária a introdução de nova salvaguarda. É que, penso eu, os custos com a recuperação de áreas degradadas, poderão, no caso da obra em exame, exceder a previsão constante da proposta da empresa, ante a ausência, como observa a Unidade Técnica, de um aprofundamento maior de estudos ambientais. Proponho, então, que a Corte condicione a execução do contrato à celebração de cláusula aditiva que estabeleça que os custos decorrentes de possíveis exigências provenientes dos órgãos ambientais, federais ou estaduais, que excedam o previsto no contrato, após a repactuação a que me referi acima, sejam suportados pela contratada.

Acórdão TCU n. 1140/2005 – Plenário – Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça

9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT que abstenha-se de estabelecer em suas licitações as seguintes exigências ou condições:  
(...)

**9.2.5. inexistência de licenciamento ambiental (Licença Prévia), fato que é considerado irregularidade grave, conforme entendimento manifestado no Acórdão 516/2003 - Plenário**

Acórdão TCU n. 516/2003-Plenário - Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha

9.2. determinar à Segecex que:

9.2.3. inclua no Fiscobras, como **indício de irregularidade grave**, as seguintes ocorrências:

9.2.3.1. **a contratação de obras com base em projeto básico elaborado sem a existência da licença prévia**, conforme art. 2º, § 2º, inciso I e art. 12, ambos da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 8º, inciso I, da Resolução Conama nº 237/97;

22. A jurisprudência desta Corte se firmou nesse sentido em razão de que o prévio licenciamento ambiental tem como mote asseverar que o projeto básico elaborado e licitado pelo poder público encontra-se dotado de **viabilidade ambiental**. Dito de outro modo: busca-se garantir que as soluções de engenharia definidas poderão ser futuramente executadas (localização do barramento, jazidas estudadas, locais de bota fora, etc.), não sofrendo interferências decorrentes de impactos ambientais até então não vislumbrados.

23. Nesse diapasão, cumpre-nos rememorar que a Lei n. 8.666/1993 (lei de licitações) estabelece que o projeto básico deve ser elaborado “com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento”.

24. Assim, em que pese a celebração do contrato com a empresa que ofereceu maior desconto no processo licitatório encontrar-se condicionada à apresentação do licenciamento ambiental, deve-se atentar para a viabilidade do projeto contratado face às possíveis condicionantes, especialmente em razão do regime de execução adotado para o empreendimento, qual seja, empreitada integral (art. 2º, I, da Lei n. 12.462/2011), com restrições a respeito da celebração de termos aditivos.

#### **IV.2 - Outros aspectos identificados no RDC EMBASA n. 001/2017**

25. Além da irregularidade vinculada à falta de licenciamento ambiental, mediante análise preliminar dos elementos disponíveis no portal de licitações da EMBASA observa-se indícios de outras impropriedades na formatação do empreendimento, conforme a seguir detalhado.

#### **IV.2.1 - Dubiedade do edital no tratamento dos serviços não contemplados pelo projeto básico ou contemplados com quantidades inferiores - Critério Legal: art. 42, § 4º, III, do Decreto n. 7.581/2011**

26. De acordo com a **cláusula décima quarta da minuta de contrato** (aditamentos contratuais – peça 06; p. 43), a celebração de termo aditivo no âmbito da execução contratual somente será permitida nas hipóteses de recomposição do equilíbrio econômico financeiro, oriundo de caso fortuito ou força maior, ou por necessidade de alteração do projeto ou das especificações técnicas aos objetivos da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou emissões por parte da contratada e observados os limites impostos por força do § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666.

27. Consta na **subcláusula 14.1**, ainda, que “As alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato”, em observância às disposições do art. 42, § 4º, III, do Decreto n. 7581/2011.

28. Tal previsão alinha-se ao disposto na legislação federal acerca dos limites financeiros para a celebração de termos aditivos decorrentes de falhas no projeto básico dos ajustes celebrados com o regime empreitada integral, “quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação”.

29. Ocorre que, a subcláusula 14.3 da minuta de contrato encontra-se redigida da seguinte forma:

**14.3 Caso haja necessidade, por exceção indicada em item anterior, de acréscimo ou supressão de obras ou serviços, serão obedecidos os limites e demais condições estabelecidas na Lei Federal nº 8.666/93, sendo:**

a) No caso de serviços a serem acrescidos, caberá à Contratada a apresentação da planilha orçamentária correspondente;

b) Os serviços a serem acrescidos ou suprimidos serão levantados e orçados com base nos preços constantes da proposta original, sendo o valor total dos mesmos, acrescido ou suprimido do valor global contratado;

c) Os preços das obras/serviços, não contemplados na proposta original, serão obtidos multiplicando-se o percentual de desconto proposto pela Contratada, pelo preço de referência adotado pela Contratante. Não existindo preço de referência, será fixado mediante acordo entre as partes, não ultrapassando o valor corrente de mercado;

d) Os serviços não constantes da planilha original deverão ser especificados e apresentados de acordo com a codificação do Caderno de Encargos da Contratante, juntamente com as respectivas composições de preços unitários detalhadas;

30. Conforme se observa, a subcláusula 14.3 menciona que os acréscimos e supressões, nas hipóteses excepcionadas para a celebração de aditivos, deverão observar o limite definido pela Lei n. 8.666/1993, qual seja, 25% (art. 65, § 1º, da Lei n. 8.666/1993). Tal disposição apresenta uma possível contradição com o limite de 10% referenciado na subcláusula 14.1, referente aos aditivos decorrentes de omissões na planilha orçamentária ou imprecisão nos quantitativos licitados pela EMBASA, também situações excepcionais que motivam a alteração do ajuste.

31. Dessa forma, para que não subsista dúvida acerca do limite de 10% definido pelo Decreto n. 7.581/2011 para incremento financeiro do contrato decorrente de imprecisões/omissões do projeto básico, far-se-ia necessário retificar a minuta do ajuste, prevenindo futuros litígios que possam prejudicar o andamento ordinário do projeto.

#### IV.2.2 - Disposição editalícia incompatível com o regime de execução definido - Critério Legal: art. 2º, I, da Lei n. 12.462/2011, c/c art. 65, I, “a” da Lei n. 8.666/1993

32. Encontra-se definido no item 2.1.1 - Projeto Executivo Concomitante ao Desenvolvimento das Obras - do termo de referência o seguinte (peça 07; p. 13):

A concomitância do detalhamento do projeto executivo com o desenvolvimento das escavações das fundações **oportuniza a revisão e readequação dos dimensionamentos dos maciços com base em dados e informações de melhor precisão.**

Assim, **os dimensionamentos dos maciços poderão ser revistos e readequados com base no reconhecimento das reais propriedades mecânicas dos materiais revelados e expostos durante as escavações das fundações; bem como no reconhecimento das reais propriedades físico-químicas dos materiais predominantes nos jazimentos de material pétreo indicados para compor o traço do CCR** (densidade, reatividade ao álcalis do cimento, resistência à abrasão, durabilidade em meio permanentemente úmido, etc).

Também o reconhecimento em escala real da permeabilidade do meio constituído pelo substrato das fundações **poderá requerer adequação do projeto básico, em detalhamento executivo, tanto da cortina de vedação, quanto da cortina de drenagem.**

Com base no reconhecimento das condições geológico-geotécnicas, reveladas pela exposição da superfície de contato fundação/maciço e avaliadas por meio de ensaios de resistência ao cisalhamento, em amostras reais ou corpos de prova, será verificada a segurança quanto à estabilidade e deslizamento do maciço, e as seções poderão ser, conseqüentemente, ajustadas.

**Elementos estruturais, como galerias, torres, extravasor e muros laterais de contenção deverão readequar-se às seções corrigidas dos maciços**, nesta fase do projeto executivo, elaborando-se desenhos de forma e armadura dessas estruturas com base nestas seções revisadas.

33. Conforme se verifica, o termo de referência explicita a possibilidade de otimização do projeto básico licitado quando da elaboração do projeto executivo, **reduzindo a contraprestação do particular contratado.**

34. Nessa situação, **deveria constar, no edital do certame, a previsão de reequilíbrio do contrato em favor da administração pública**, conforme decidido por este Tribunal quando da prolação do Acórdão n. 1.977/2013-Plenário, de Relatoria do Exmo. Ministro Valmir Campelo, que cuidou de estudo acerca da aplicação do regime de empreitada por preço global na contratação de obras públicas:

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

9.1. determinar à Segecex que oriente às unidades técnicas desta Corte a observarem as seguintes disposições em suas fiscalizações de obras e serviços de engenharia executadas sob o regime de empreitada por preço global, a serem aplicadas de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto:

(...)

**9.1.6. alterações no projeto ou nas especificações da obra ou serviço, em razão do que dispõe o art. 65, inciso I, alínea 'a', da Lei 8.666/93, como também do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, repercutem na necessidade de prolação de termo aditivo;**

35. Apesar de o estudo desenvolvido pela área técnica deste Tribunal especializada em obras públicas referir-se à contratação sob o regime de empreitada global, as conclusões aplicam-se em sua plenitude à empreitada integral, dada a intrínseca similaridade dos regimes, especialmente quanto à forma de liquidação da despesa.

36. Esmiuçando-se o Voto proferido pelo Relator do feito obtém-se a motivação do entendimento exposto no item 9.1.6 supra, o qual traduz-se na necessidade de readequação da equação econômico financeira em função do objeto revisado pelo particular, tal qual facultado pelo 2.1.1 do termo de referência que integra o ato convocatório:

Aprecio, neste ponto, um dos temas polêmicos acerca da condução de empreitadas por preço global. Trata-se da viabilidade de deixar a cargo do particular as responsabilidades por modificações do projeto, como ainda de todo e qualquer risco advindo, por exemplo, de incertezas provenientes das sondagens; ou da inviabilidade de utilização de jazidas, areais e pedreiras; ou da assunção de erros de projetos sem a respectiva contraprestação econômica devida.

Existem situações clássicas, como a dúvida acerca da necessidade de rever o contrato quando, de ofício, o particular modifica alguma solução previamente estabelecida no projeto básico do empreendimento. Em caso ilustrativo, se existisse a liberdade de o particular idealizar solução de fundação distinta, ou modelo estrutural diferente, sem que haja modificação da avença, poder-se-ia intuir que, por se tratar de preço global, os meios para atingir aquele objetivo ficariam a cargo da empreiteira, não devendo a Administração imiscuir-se nesses assuntos, no que se refere ao quantum remuneratório devido.

A Lei, entretanto, não diferencia as empreitadas por preço unitário das globais quando define as situações que ensejarão a prolação de termo aditivo. Ao contrário, caso se tratar de fato respectivo à álea extraordinária ou extracontratual, definida com precisão no art. 65 da Lei 8.666/93, haverá de se providenciar a revisão do contrato. **O equilíbrio entre os encargos e a justa remuneração de finida no ato da contratação tem suporte constitucional.**

Disposição contratual até poderia fixar que esses riscos e responsabilidades seriam do particular. Os resultados dessa regra, contudo, têm altíssimo potencial de ofender princípios fulcrais licitatórios. O poder público estaria exposto a riscos concretos de desvirtuamento do procedimento concorrential. Trago, mais uma vez, os comentários de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – São Paulo. Dialética, 14 ed.) :

(...)

**Em todo caso, não é porque se trata de empreitada por preço global que deixa de incidir a proteção constitucional do equilíbrio econômico-financeiro aos respectivos contratos.**

Em outro trecho da publicação:

(...) Seria bastante simples obter esse resultado reprovável através do expediente da “empreitada por preço global”. Para tanto, é necessário que a Administração conheça todas as características do objeto e tenha noção de todos os custos. No entanto, formula edital com objeto geral e mal definido, impondo aos licitantes o dever de arcar com todos os riscos. Depois, fornece ao apadrinhado todos os dados acerca da execução do objeto. Por decorrência, todos os demais licitantes serão obrigados a considerar riscos inexistentes ou situações imponderáveis. Logo, suas propostas serão muito mais elevadas. O licitante favorecido, ao contrário, formulará proposta contendo apenas os valores necessários a executar aquilo que a Administração já sabia, de antemão, ser necessário. Daí, o licitante protegido sairá vencedor, por formular a menor proposta. Frise-se que, se todos os demais licitantes tivessem tido acesso às mesmas informações, a Administração poderia ter recebido propostas ainda menores.

Caso não estipulada condição contratual diversa, alterações de projeto – devidamente motivadas, diante dos riscos aos quais expus – vinculam a aplicação do art. 65 da Lei 8.666/93. No fim das contas, a alteração do projeto será um ato unilateral. Além do mais, deve haver um fato novo a caracterizar álea extraordinária e extracontratual. Mesmo que se demonstre existir solução de engenharia melhor que a definida no projeto básico (o que seria questionável, em termos de eficiência e economicidade exigidas nessa peça fundamental) , tal condição deve ser entendida como novidade, não passível de conhecimento prévio na fase licitatória. **Have**

**foi dado conhecimento a todos os licitantes, há de se rever o contrato, tanto em proteção a princípios basilares como o da obtenção da melhor proposta, da isonomia e da moralidade.**

Deste modo, creio que se deva clarificar às unidades deste Tribunal que modificações de projeto ou especificações da obra ou serviço, em razão do que dispõe o art. 65, inciso I, alínea 'a', da Lei 8.666/93, combinado com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, repercutem na necessidade de prolação de termo aditivo. Mesma conclusão chegou o *Plenum* do TCU ao julgar os Acórdãos 3.260/2011 e 93/2009.

37. Da forma em que se encontra formatada a contratação das obras de barramento do rio Catolé, em especial as “NORMAS DE MEDIÇÃO E PAGAMENTO” (item 2.4 do termo de referência – peça 07; p. 33), nota-se **que os ganhos advindos da engenharia promovida pelo particular não serão transferidos para a Administração Pública**. Ou seja, ainda que definidas seções de barramento que conduzam a quantitativos de serviços significativamente inferiores aos estipulados pelo projeto básico não haverá readequação do ajuste, em ofensa à regra do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

38. De acordo com as normas de pagamento do RDC 001/2017 (peça 07; p. 33):

Na eventualidade de relevante desvio na execução do escopo contratual relativo exclusivamente a obras lineares, **motivado pela EMBASA**, continuarão inalterados os valores econômicos contratuais de todas as tarefas não impactadas pelo relevante desvio retro citado. Somente a tarefa impactada poderá sofrer alteração do valor total econômico correspondente, para mais ou para menos, com a anuência formal da EMBASA, mas sempre respeitando a relação entre o custo total contratado e o escopo total contratado.

Somente poderão ser revisados os valores econômicos totais, sem a manutenção da relação entre valor total e escopo contratado dos pacotes de trabalho mediante ao evento de aditivo contratual nas circunstâncias exclusivas abaixo previstas:

I - recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, devido a caso fortuito ou força maior;

II - necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 1993.

39. Conforme se verifica, a regra que rege a possibilidade de revisão do valor econômico total ofertado pela empreiteira vencedora do certame licitatório possui aplicabilidade limitada às situações em que o **desvio na execução do escopo contratual for motivado pela EMBASA**. Dito de outro modo: tal regra não abarca as alterações de projeto propostas pela contratada, em especial as decorrentes de otimização do dimensionamento dos maciços, consoante permitido pelo ato convocatório.

40. Como consequência dessa lacuna nas regras da contratação, abre-se a possibilidade para a ocorrência de prejuízo ao erário, materializado pelo pagamento de valor global incompatível com o empreendimento executado. Além disso, representa possível desconformidade com o disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/1988, com o art. 65, inciso I, “a”, da Lei n. 8.666/1993 e com o entendimento emanado por este Tribunal no Acórdão n. 1.977/2013-Plenário, paradigma para as contratações sob o regime de empreitada global (e, conseqüentemente, empreitada integral).

**IV.2.3 – Elevação da Taxa de Encargos Sociais e do percentual de BDI (Bonificação e Despesas Indiretas) adotados no orçamento básico - Critério Legal: art. 4º, inciso III, da Lei n. 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.**

### Encargos sociais

41. A taxa de encargos sociais dos profissionais horistas adotada pelo orçamento referencial foi de 189,09%, sendo composta pelos elementos a seguir ilustrados:

Figura 01: Detalhamento encargos sociais EMBASA.

Descrição	COMPLETOS EMBASA	
	Horista %	Mensalista %
<b>ENCARGOS TRABALHISTAS - GRUPO A</b> ( ENCARGOS SOCIAIS BÁSICOS )		
A1 - Previdência Social (INSS)	20,00%	20,00%
A2 - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)	8,00%	8,00%
A3 - Salário educação	2,50%	2,50%
A4 - Serviço Social da Indústria (SESI-SESC)	1,50%	1,50%
A5 - Serviço Social de Aprendizagem Industrial (SENAI)	1,00%	1,00%
A6 - Serviço de Apoio a Pequena e Média Empresa (SEBRAE)	0,60%	0,60%
A7 - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA)	0,20%	0,20%
A8 - Seguro de Acidente de Trabalho	3,00%	3,00%
A9 - SECONCI	0,00%	0,00%
<b>TOTAL A</b>	<b>36,80%</b>	<b>36,80%</b>
<b>ENC TRAB - GRUPO B</b> (NÃO RECEBEM A INCIDÊNCIA DO GRUPO A)		
B1 - Repouso semanal remunerado	21,68%	0,00%
B2 - Auxílio enfermidade	0,83%	0,77%
B3 - Licença Paternidade / Maternidade	0,06%	0,08%
B4 - 13º Salário	11,06%	8,33%
B5 - Falta Justificada	0,74%	0,56%
B6 - Feriados	0,00%	0,00%
B7 - Férias	14,74%	11,11%
B8 - Acidente de Trabalho	0,17%	0,13%
B9 - Aviso Prévio Indenizado	5,21%	3,87%
B10 - Aviso Prévio Trabalhado	0,27%	0,20%
<b>TOTAL B</b>	<b>54,75%</b>	<b>25,05%</b>
<b>ENC TRAB E IDENIZATÓRIOS - GRUPO C</b> (RECEBEM A INCIDÊNCIA DO GRUPO A)		
C1 - Multa rescisão contrato ( 50% saldo FGTS )	4,18%	3,15%
C2 - Indenização adicional (Férias)	0,48%	0,37%
C3 - Aviso Prévio indenizado	0,00%	0,00%
<b>TOTAL C</b>	<b>4,66%</b>	<b>3,52%</b>
<b>INCIDÊNCIAS CUMULATIVAS - GRUPO D</b>		
D1 - Reincidência de A sobre B	20,15%	9,22%
D2 - Reincidência de (A - A9) sobre B9	1,92%	1,42%
D4 - Aviso Prévio sobre FGTS	0,00%	0,00%
<b>TOTAL D</b>	<b>22,07%</b>	<b>10,64%</b>
<b>SUBTOTAL ENCARGOS</b> (TOTAL A+TOTAL B+TOTAL C+TOTAL D)	<b>118,28%</b>	<b>76,02%</b>
<b>ENCARGOS INTER SINDICAIS - GRUPO E</b>		
E1 - Alimentação	15,75%	15,75%
E2 - Vale transporte	2,73%	2,73%
E3 - Café da Manhã	4,52%	4,52%
E4 - Cesta Básica	16,96%	16,96%
E5 - Equipamento de Proteção Individual (EPI)	1,50%	1,50%
E6 - Seguro de Vida em Grupo	0,84%	0,84%
E7 - Plano de Saúde	3,26%	3,26%
E9 - Diferença Base Salarial Sindical - Base Orçamento	11,00%	11,00%
<b>TOTAL E</b>	<b>56,57%</b>	<b>56,57%</b>
<b>ENCARGOS CIRCUNSTANCIAIS - GRUPO F</b>		
F2 - Horas Extras e Noturnas (Ritmo e Planej. da Obra)*	14,25%	14,25%
<b>TOTAL F</b>	<b>14,25%</b>	<b>14,25%</b>
<b>TOTAL ENCARGOS</b> (TOTAL A+TOTAL B+TOTAL C+TOTAL D+TOTAL E)	<b>189,09%</b>	<b>146,83%</b>

42. A título comparativo, observa-se que a taxa de encargos sociais do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI) é de 115,56% (peça 8), ao passo que a adotada pelo Sistema de Custos Rodoviários (SICRO II) em suas composições representa 121,6% (peça 9), ambas sem considerar a desoneração da folha de pagamento objeto da Lei n. 12.844/2013. Comparando-se os elementos que compõem a taxa de encargos adotada pela EMBASA e as indicadas nos sistemas oficiais percebe-se que o incremento daquela advém da consideração dos encargos denominados intersindicais e circunstanciais por parte do ente baiano.

43. O primeiro refere-se às despesas de alimentação, vale transporte, café da manhã, cesta básica, plano de saúde e outras, determinadas tanto pela legislação trabalhista como por força de convenção coletiva. **Os encargos circunstanciais, por sua vez, no percentual de 14,25%, representam as horas extras e noturnas, as quais julgamos não deveriam ser apropriadas no orçamento básico da administração pública.**

44. Via de regra, tais despesas decorrem do planejamento executivo do empreendimento por parte da empresa vencedora do torneio licitatório, de sorte a cumprir o cronograma físico estipulado pela contratante. Se o privado opta pelo pagamento de horas extras para a consecução do objeto, possivelmente projeta outros ganhos decorrentes desse dispêndio, tal como a diminuição das despesas oriundas da redução do prazo do empreendimento (administração local, administração central, manutenção de canteiro, dentre outras), menor número de funcionários no canteiro, maior motivação da mão de obra, dentre outros.

45. Ademais, a princípio, ao elevar os encargos sociais com a inclusão de percentual relacionado à jornada extraordinária, com incidência sobre toda a mão de obra do orçamento, tem-se o risco de elevação do custo direto dos itens que não necessariamente demandarão trabalho além da jornada ordinária.

46. Nesse contexto, a situação precisa ser justificada pela EMBASA, uma vez que constitui indício de inobservância ao art. 12, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

### **BDI**

47. O percentual de BDI adotado pelo orçamento foi de 32,98%, sendo composto pelos seguintes elementos:

Tabela 01 – Composição BDI orçamento RDC 001/17.

<b>Item</b>	<b>%</b>
Administração Central (AC)	4,47%
Seguros (S)	0,26%
Risco (R)	8,05%
Garantias (G)	0,23%
Despesas financeiras (DF)	0,99%
Lucro (L)	7,60%
Impostos (I)	7,65%

48. Para cálculo do supradito percentual, a EMBASA adotou a fórmula a seguir, constante do Relatório que fundamenta o Acórdão TCU n. 2.622/2013-Plenário:

Figura 02 – Fórmula BDI RDC 001/17.

$$BDI = \frac{(1 + AC + S + R + G)(1 + DF)(1 + L)}{(1 - I)} - 1$$

Fonte: Memória de cálculo EMBASA – peça 9.

49. A esses respeito, vale informar que o mencionado *decisum* determina às unidades técnicas deste Tribunal que, nas análises do orçamento de obras públicas, utilizem os parâmetros para taxas de BDI a seguir especificados, em substituição aos referenciais contidos nos Acórdãos ns. 325/2007 e 2.369/2011:

Tabela 02 – Valores referências Acórdão TCU n. 2.622/2013-Plenário.

<b>VALORES DO BDI POR TIPO DE OBRA</b>			
<b>TIPOS DE OBRA</b>	<b>1º Quartil</b>	<b>Médio</b>	<b>3º Quartil</b>
Construção de edifícios	20,34%	22,12%	25,00%
Construção de rodovias e ferrovias	19,60%	20,97%	24,23%
Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas	20,76%	24,18%	26,44%
Construção e manutenção de estações e redes de distribuição de energia elétrica	24,00%	25,84%	27,86%
Obras portuárias, marítimas e fluviais	22,80%	27,48%	30,95%

50. No caso do empreendimento em análise, o BDI deveria corresponder ao percentual de 24,18% indicado na tabela acima (valor médio para obras de abastecimento de água e correlatas). Quando a taxa de BDI do orçamento analisado estiver fora dos referenciais acima, o acórdão paradigma orienta a análise pormenorizada dos itens que o compõem, tendo por base os valores a seguir:

Tabela 03 – Valores referências Acórdão TCU n. 2.622/2013-Plenário para itens do BDI.

<b>TIPOS DE OBRA</b>	<b>ADMINISTRAÇÃO CENTRAL</b>			<b>SEGURO + GARANTIA</b>			<b>RISCO</b>		
	<b>1º Quartil</b>	<b>Médio</b>	<b>3º Quartil</b>	<b>1º Quartil</b>	<b>Médio</b>	<b>3º Quartil</b>	<b>1º Quartil</b>	<b>Médio</b>	<b>3º Quartil</b>
Construção de edifícios	3,00%	4,00%	5,50%	0,80%	0,80%	1,00%	0,97%	1,27%	1,27%
Construção de rodovias e ferrovias	3,80%	4,01%	4,67%	0,32%	0,40%	0,74%	0,50%	0,56%	0,97%
Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas	3,43%	4,93%	6,71%	0,28%	0,49%	0,75%	1,00%	1,39%	1,74%
Construção de manutenção de estações e redes de distribuição de energia elétrica	5,29%	5,92%	7,93%	0,25%	0,51%	0,56%	1,00%	1,48%	1,97%
Obras portuárias, marítimas e fluviais	4,00%	5,52%	7,85%	0,81%	1,22%	1,99%	1,46%	2,32%	3,16%

<b>TIPOS DE OBRA</b>	<b>DESPESA FINANCEIRA</b>			<b>LUCRO</b>		
	<b>1º Quartil</b>	<b>Médio</b>	<b>3º Quartil</b>	<b>1º Quartil</b>	<b>Médio</b>	<b>3º Quartil</b>
Construção de edifícios	0,59%	1,23%	1,39%	6,16%	7,40%	8,96%
Construção de rodovias e ferrovias	1,02%	1,11%	1,21%	6,64%	7,30%	8,69%
Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas	0,94%	0,99%	1,17%	6,74%	8,04%	9,40%
Construção de manutenção de estações e redes de distribuição de energia elétrica	1,01%	1,07%	1,11%	8,00%	8,31%	9,51%
Obras portuárias, marítimas e fluviais	0,94%	1,02%	1,33%	7,14%	8,40%	10,43%

51. Compulsando o BDI adotado pela EMBASA percebe-se a adoção dos valores acima, com exceção da taxa de risco considerada pela empresa estadual, qual seja, 8,05%.

52. A respeito dessa taxa de risco, deve ser observado que o percentual aplicado pela EMBASA no cálculo do BDI sequer corresponde ao valor indicado no “Mapa de Levantamento de Riscos, Planejamento, Representatividade em Obras de Barragem” do projeto básico (peça 11), correspondente à 6,39%. Ou seja, além de não adotar o valor referencial indicado pelo acórdão paradigma (1,39%), aplicou percentual superior ao calculado na fase interna do torneio (6,39%).

53. No tocante às parcelas que compõem esse percentual de risco (6,39%), o qual, destaque-se novamente, não foi adotado pela EMBASA (utilizou valor superior), verifica-se que algumas premissas assumidas carecem de justificativas. Para melhor visualização, colaciona-se a seguir a matriz de riscos que integra o projeto disponível no portal de licitações da EMBASA:

Figura 03 – Matriz de Riscos serviços RDC 001/17.

RISCOS - BARRAGEM				
Riscos Avaliados Previsíveis	Impacto na Obra (A)	Desvio Esperado (B)	Probabilidade (C)	Resultado (A)x(B)x(C)
Projetos Incompletos (Elaboracoes)	100,00%	15,00%	30,00%	4,50%
Revisão de Projetos (Revisoes)	100,00%	20,00%	60,00%	12,00%
Paralisações (Sindicais, Greves e Etc)	98,78%	5,00%	50,00%	2,47%
Chuva	98,78%	20,00%	75,00%	14,82%
Interferências em Campo	98,78%	5,00%	25,00%	1,23%
Preços de Mercado, Variações de campo para insumos e materiais	19,76%	15,00%	50,00%	1,48%
Ausência de MOD disponível	17,34%	20,00%	60,00%	2,08%
Desvio Sindical - Variação Salarial - Acordo Coletivo Ano Seguinte	17,34%	5,00%	100,00%	0,87%
Ausência de insumos / materiais no raio da obra	19,76%	30,00%	75,00%	4,44%
			<b>Média Pond.:</b>	<b>6,39%</b>

54. Da análise da matriz acima percebe-se que os riscos relacionados a “Projetos Incompletos (Elaboração)”, “Revisão de Projetos (Revisões)”, “Paralisações (Sindicais, Greves e Etc)”, “Chuva” e “Interferências em Campo” são considerados com impacto de 100% no empreendimento ou próximo disso (98,78%). Como consequência, o resultado do risco associado a esses eventos eleva-se em função desse fator.

55. Ocorre que, os referidos eventos, a princípio, não impactam a totalidade do orçamento do empreendimento, mas, tão somente, determinadas famílias de serviços, ainda assim, parcialmente. No caso de chuva, por exemplo, a parcela de custos referentes aos insumos, de uma forma geral, não são afetadas pela suspensão dos serviços. O mesmo ocorre no caso de paralisações sindicais.

56. Sobre o tema, vale citar que o DNIT elaborou o “Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias – Fundamento”, o qual sintetiza o seguinte procedimento:

Nesse contexto, o **agrupamento/categorização por família de serviço se justifica porque se assumiu que o impacto a ser verificado se dá na alteração de orçamento inicialmente previsto para cada família de serviço. Assim, tem-se o evento de risco relacionado à alteração do orçamento de cada uma dessas famílias, com uma respectiva probabilidade de ocorrência e impacto.** Ainda, na metodologia desenvolvida, a mensuração desses parâmetros também ocorre por famílias de serviço e é realizada de duas formas: por meio de reunião de captura da opinião de especialistas (cuja avaliação especializada também se dá com base nas famílias de serviço presentes no orçamento do empreendimento a ser analisado) ou por meio dos dados históricos de revisão de projetos em fase de obra (que apresentam as alterações de orçamento por famílias de serviços), esse dois processos estão descritos nos itens seguintes deste Guia.

57. Diante desse contexto, a EMBASA deve justificar a metodologia de definição dos impactos na matriz de risco, bem como o percentual de 8,05% adotado a título de “Risco” no orçamento do empreendimento.

58. Outro ponto a ser destacado, ainda relacionado à taxa de riscos utilizada pela empresa baiana, diz respeito à sua **inclusão no percentual de BDI** do orçamento, elevando-o indevidamente.

59. O procedimento contraria a orientação do art. 75, § 2º, do Decreto n. 7.581/2011 (Regulamento do RDC), *in verbis*:

§ 2º A taxa de risco a que se refere o § 1º não integrará a parcela de benefícios e despesas indiretas - BDI do orçamento estimado, devendo ser considerada apenas para efeito de análise de aceitabilidade das propostas ofertadas no processo licitatório. (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

60. Conquanto o dispositivo acima refira-se às contratações integradas do RDC, regime em que a confecção do projeto básico é transferida para o contratado, também deve ser estendido aos ajustes que adotam o regime de execução empreitada integral (ou global), já que, em ambos, a formatação de uma taxa de risco tem por objetivo absorver as incertezas quantificadas pelos licitantes em suas propostas de preços.

61. Ao se incluir essa taxa de risco no percentual de BDI abre-se a possibilidade para que o contratado também o faça em sua proposta de preços, com potencial de incidência indevida e elevação dos preços de eventuais serviços novos inseridos ao ajuste por força de termos aditivos. Ou seja, quando da execução do objeto e detalhamento do projeto executivo, muitas das incertezas quantificadas na matriz de risco não mais subsistirão, de modo a justificar a incidência dessa taxa na definição dos preços novos.

**IV.2.4 - Consideração, nas composições de custos do orçamento básico, de custo do insumo areia decorrente de jazidas comerciais - Critério Legal: art. 4º, inciso III, da Lei n. 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.**

62. Analisando-se o relatório de composições do orçamento constata-se que os serviços que possuem o insumo areia em sua estrutura de custos contempla o referido agregado proveniente de jazida comercial, em detrimento da exploração de depósitos por parte do próprio particular contratado. A figura a seguir ilustra a composição auxiliar adotada pela EMBASA que confirma essa premissa:

Figura 04: Composição auxiliar areia proveniente de jazida.

COMP.AUX.	099559	AREIA PROVENIENTE DE JAZIDA (DIST MAX TRANSP 10KM)		m3	
D029599999		AREIA PROVENIENTE DE JAZIDA COMERCIAL, IN	1,0000	20,03	20,03
139501		TRANSPORTE LOCAL C/ BASCULANTE 10m3 RODOV txkm	13,0000	0,39	5,07
		Custo Direto		R\$	25,10
		B.D.I. 0,0000 %		R\$	0,00
		Total Geral		R\$	25,10

63. Em outras composições de serviços que demandam **areia grossa** em sua execução o valor adotado para o agregado foi de R\$63,56/m³, também sinalizando para uma possível adoção de preço considerando a aquisição comercial, dada a proximidade com a referência constante na base de dados do SINAPI.

Figura 05: Preço areia grossa SINAPI.

Mês de Coleta: 08/2016	Pesquisa: IBGE			
Localidade: SALVADOR	Encargos Sociais (%)	Horista: 119,49	Mensalista: 74,46	
Código	Descrição do Insumo	Unid	Origem de Preço	Preço Mediano (R\$)
00034562	ARAME RECOZIDO 16 BWG, 1,60 MM (0,016 KG/M)	KG	CR	9,31
00000337	ARAME RECOZIDO 18 BWG, 1,25 MM (0,01 KG/M)	KG	C	9,00
00000369	AREIA AMARELA, AREIA BARRADA OU ARENOSO (RETIRADA NO AREAL, SEM TRANSPORTE)	M3	CR	62,50
00000366	AREIA FINA - POSTO JAZIDA/FORNECEDOR (RETIRADO NA JAZIDA, SEM TRANSPORTE)	M3	C	60,00
00000367	AREIA GROSSA - POSTO JAZIDA/FORNECEDOR (RETIRADO NA JAZIDA, SEM TRANSPORTE)	M3	C	62,25

64. Observa-se que o procedimento adotado pela EMBASA constitui indício de inobservância ao art. 4º, inciso III, da Lei n. 12.462/2011 e ao art. 12, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, assim como à jurisprudência desta Corte, que em diversas decisões destaca a necessidade de serem considerados, nos orçamentos de empreendimentos executados com recursos da União, valores para os insumos brita e areia decorrentes da exploração, pelo próprio contratado, de jazidas naturais, salvo as devidas justificativas.

65. Nesse contexto, inclusive, vale destacar decisão exarada no bojo do TC 017.016/2014-2, que cuidou da análise da conformidade dos atos de gestão na execução das obras de implantação da barragem do Rio Colônia, município de Itapé, Bahia, inicialmente conduzidas pela Companhia de Engenharia Ambiental e Recursos Hídricos (Cerb) e repassadas posteriormente à EMBASA (Acórdão TCU n. 2.828/2014-Plenário-Relator Weder de Oliveira):

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. cientificar à Secretaria de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia (Sedur) , à Secretaria do Planejamento do Estado da Bahia (Seplan) e à Companhia de Engenharia Ambiental e Recursos Hídricos (Cerb) , que foram identificadas as seguintes irregularidades, referentes à contratação e execução das obras de implantação da barragem do Rio Colônia, município de Itapé, Bahia:

(...)

9.1.2. descumprimento ao art. 12, III e IV, da Lei 8.666/1993, consubstanciado pela adoção, no orçamento básico, de custos unitários elevados para o insumo areia (agregado miúdo) em razão da previsão de aquisição comercial, contrariando os levantamentos do projeto básico que apontaram a utilização do material proveniente de jazida natural situada na área de inundação do empreendimento (14,5 km) , a qual ensejaria apenas a apropriação dos custos inerentes à extração e transporte do material até o canteiro de obras;

(...)

9.1.4. descumprimento ao art. 12, III e IV, da Lei 8.666/1993, consubstanciado pela ausência de aproveitamento de jazidas naturais para obtenção do agregado graúdo a ser utilizado no empreendimento, notadamente em razão da possibilidade de aproveitamento do material de 3º categoria escavado das fundações do barramento, não considerada na estimativa de custos, e da exploração de jazidas naturais próximas ao projeto, conforme indica licença obtida pela empresa Andrade Galvão Engenharia Ltda. junto ao Departamento Nacional de Pesquisa Mineral (Alvarás n. 5964/2014 e 5964/2014) ;

(...)

9.2. recomendar à Secretaria de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia (Sedur) , à Secretaria de Planejamento do Estado da Bahia (Seplan) e à Companhia de Engenharia Ambiental e Recursos Hídricos (Cerb) , que, para fins de medição e pagamento dos serviços que utilizam os insumos areia e brita nas obras de implantação da barragem do Rio Colônia, observe a origem (jazidas naturais ou comerciais) e a distância de transporte dos referidos materiais,

garantindo a remuneração de acordo com a realidade executiva do empreendimento, assim como a manutenção da equação econômico financeira pactuada.

66. Em razão do exposto, faz-se necessário colher justificativas junto à EMBASA, haja vista que a premissa de aquisição comercial do insumo impacta diretamente o custo global do empreendimento, especialmente em razão da representatividade de diversos serviços que contemplam, em sua composição, a utilização desse agregado.

## V. CONCLUSÃO

67. O documento constante da peça 02 deve ser conhecido como representação, pois preenche os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, inciso I, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 6º, XVIII, da LC n.75/1993 e no art. 103, § 1º da Resolução – TCU 259/2014.

68. Conforme exposto, o representante do *parquet* federal noticia acerca de irregularidades no licenciamento ambiental do empreendimento, em possível afronta ao art. 2º, *caput*, c/c art. 8º, inciso I, da Resolução CONAMA n. 237/1997, ao arts. 15, *caput* e 20, parágrafo único, da Lei n. 11.428/2006.

69. Adicionalmente, análise efetuada pela Secex Bahia na documentação obtida no portal de licitações da EMBASA sinaliza para outras possíveis impropriedades que, se confirmadas, representam desconformidade com a legislação que rege a contratação de obras públicas (Lei n. 12.462/2011 e Lei n. 8.666/1993) e com a jurisprudência deste Tribunal.

70. Em síntese, além do aspecto ambiental, observou-se o seguinte:

i) Dubiedade do edital no tratamento da remuneração dos serviços não contemplados pelo projeto básico ou contemplados com quantidades inferiores, de forma a ser definido o limite legal de aditivos decorrentes dessas situações - Critério Legal: art. 42, § 4º, III, do Decreto n. 7.581/2011;

ii) Disposição editalícia incompatível com o regime de execução definido (empreitada integral), concernente ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato decorrente de modificações no projeto licitado que impliquem diminuição do encargo do particular - Critério Legal: art. 2º, I, da Lei n. 12.462/2011, c/c art. 65, I, “a” da Lei n. 8.666/1993;

iii) Elevação da Taxa de Encargos Sociais e do percentual de BDI (Bonificação e Despesas Indiretas) adotados no orçamento básico - Critério Legal: art. 4º, inciso III, da Lei n. 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei n. 8.666/1993;

iv) Consideração, nas composições de custos do orçamento básico, de custo do insumo areia decorrente de jazidas comerciais - Critério Legal: art. 4º, inciso III, da Lei n. 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

71. Em que pese o representante não ter requerido a adoção de medida cautelar por parte deste Tribunal, não há óbice para a sua expedição “de ofício”, uma vez presentes os requisitos para a decisão extraordinária e a constatação de que a atuação tempestiva possibilitará prevenir a materialização de irregularidades na aplicação de recursos da União. Os princípios que pautam a atuação desta Corte, sobretudo o da indisponibilidade do interesse público, da economicidade, da eficiência, dentre outros, dão guarida à essa atuação, prevista no art. 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU.

72. Entretanto, antes de eventual decisão em sede de tutela de urgência, entende-se prudente a prévia oitiva da Empresa Baiana de Águas e Saneamento (EMBASA) acerca das impropriedades preliminarmente identificadas, especialmente em razão de que a contratação do empreendimento encontra-se suspensa por força de decisão judicial.

73. Adicionalmente, julga-se pertinente, também, a oitiva da Caixa Econômica Federal, responsável primária pelos recursos federais investidos no projeto, especialmente em razão de que alguns dos questionamentos suscitados vinculam-se às análises técnicas de engenharia procedidas pela referida empresa federal quando da aprovação de repasses para a execução de obras públicas.

74. Após a manifestação desses atores e confirmados os atos em suspeição, poderá ser formatada decisão cautelar que garanta a regular aplicação dos recursos públicos, na hipótese da presença dos requisitos elencados no art. 276 do Regimento Interno.

## VI. INFORMAÇÕES ADICIONAIS

75. A título de informações adicionais, registre-se que os auditores deste Tribunal, Cláudio Carvalho de Castro (mat. 3082-1) e José Reinaldo Luna Gusmão (mat. 6240-5) assistiram à sessão pública para recebimento das propostas do RDC 001/2017, ocorrida na data de 21/07/2017 na sede da EMBASA, na cidade de Salvador.

77. Na ocasião, verificou-se que as três melhores propostas comerciais indicaram percentuais de desconto de 27,5%, 15% e 14% em relação ao valor estimado pelo orçamento básico (R\$180.476.073,35). Até o presente momento não se identificou a publicação do resultado do certame no Diário Oficial da União, possivelmente em razão da fase recursal do torneio licitatório.

## VII. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

78. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. art. 6º, XVIII, da LC n.75/1993 e no art. 103, § 1º da Resolução – TCU 259/2014;

b) determinar, nos termos do art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, a **oitiva da Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (EMBASA)**, CNPJ 13.504.675/0001-10, e da **Caixa Econômica Federal (Gerência Executiva de Governo - GIGOV-SALVADOR)** para, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, se manifestarem sobre os seguintes fatos identificados na documentação do RDC n. 001/2017, referente à contratação das obras de barramento do Rio Catolé Grande, custeadas com recursos do termo de compromisso n. 0394.941-94/2012, celebrado entre o Governo da Bahia e a União Federal, alertando-as quanto a possibilidade de o Tribunal vir a determinar a anulação do referido processo licitatório ou do contrato dele decorrente, caso confirmadas:

b.1) Realização de procedimento licitatório sem o devido licenciamento ambiental, em desconformidade com o art. 2º, *caput*, c/c art. 8º, inciso I, da Resolução CONAMA 237/1997; art. 15, *caput* e art. 20, parágrafo único, ambos da Lei n. 11.428/2006 e art. 6º, IX, da Lei n. 8.666/1993;

b.2) Dubiedade do edital no tratamento da remuneração dos serviços não contemplados pelo projeto básico ou contemplados com quantidades inferiores, de forma a ser definido o limite legal de aditivos decorrentes dessas situações - Critério Legal: art. 42, § 4º, III, do Decreto n. 7.581/2011;

b.3) Disposição editalícia incompatível com o regime de execução definido (empreitada integral), concernente ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato decorrente de modificações no projeto licitado que impliquem diminuição do encargo do particular - Critério Legal: art. 2º, I, da Lei n. 12.462/2011, c/c art. 65, I, “a”, da Lei n. 8.666/1993 e Acórdão TCU n. 1.977/2013-Plenário-Relator Ministro Valmir Campelo;

b.4) Elevação da Taxa de Encargos Sociais e do percentual de BDI (Bonificação e Despesas Indiretas) adotados no orçamento básico, respectivamente em razão de impropriedades na consideração de remuneração de horas extras e da taxa de risco adotada - Critério Legal: art. 4º, inciso III, da Lei n. 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei n. 8.666/1993;

b.5) Consideração, nas composições de custos do orçamento básico, de custo do insumo areia decorrente de jazidas comerciais - Critério Legal: art. 4º, inciso III, da Lei n. 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

c) realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU:

c.1) à **Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (EMBASA)**, CNPJ 13.504.675/0001-10, para que, no prazo de 05 (cinco) dias, sejam encaminhadas as atas das sessões de recebimento das propostas, de julgamento de recursos, de adjudicação e de homologação do objeto, se houverem, e informe o cronograma dos atos do certame até a assinatura do contrato com a empresa que sagrar-se vencedora no RDC 001/2017;

c.2) à **Caixa Econômica Federal (Gerência Executiva de Governo - GIGOV-SALVADOR)**, para que, no prazo de 05 (cinco) dias, sejam encaminhadas as análises efetuadas nos preços unitários e nos quantitativos de serviços do orçamento do objeto financiado pelo termo de compromisso n. 0394.941-94/2012 (barragem do Rio Catolé Gande).

Secex/BA, em 7 de agosto de 2017.

*(Assinado eletronicamente)*

**José Reinaldo Luna Gusmão**

AUFC – Mat. 6240-5