

VOTO

Trata-se de representação do Ministério Público Federal acerca de possíveis irregularidades na contratação das obras de represamento do rio Catolé, no município de Barra do Choça/BA.

2. As obras serão custeadas por meio do termo de compromisso 0394.941-94/2012, firmado entre o governo da Bahia, tendo por interveniente a Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (Embasa), e a União, por meio do Ministério das Cidades, representada pela Caixa Econômica Federal, no valor de R\$ 141.030.000,04. A contrapartida do governo da Bahia, por sua vez, será de R\$ 14.150.783,70.

3. O empreendimento, orçado em R\$ 180.476.073,35, foi licitado por meio do RDC 001/2017, e a proposta vencedora foi de R\$ 130.845.853,18 (desconto de 27,5%). Entretanto, a assinatura do contrato encontra-se suspensa por meio de decisão liminar, proferida pela 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Vitória da Conquista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no âmbito da ação civil pública 3998-85.2017.4.01.3307, até a obtenção das licenças ambientais e o atendimento das condicionantes correspondentes.

4. A representação merece ser conhecida, por preencher os requisitos constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU e do art. 103, § 1º da Resolução-TCU 259/2014, conforme consignado pelo auditor da Secex-BA em sua instrução à peça 36.

5. Em resumo, o representante aponta o descumprimento da legislação ambiental devido à ausência de licença prévia, em afronta à Resolução-Conama 237/1997, e ao não atendimento às limitações do art. 20 da Lei 11.428/2006, acerca de restrições à supressão de vegetação primária do Bioma Mata Atlântica.

6. No âmbito do TCU, a instrução exordial identificou, além do desrespeito à legislação ambiental, os seguintes indícios de irregularidades ou impropriedades:

6.1. ausência de clareza da cláusula 14.3 do edital RDC 001/2017 quanto ao limite admitido para alterações contratuais no empreendimento;

6.2. ausência de previsão editalícia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência do reconhecimento das reais propriedades do material a ser escavado na obra;

6.3. superestimativa das taxas de encargos sociais e do percentual de BDI (bonificação e despesas indiretas) no orçamento básico;

6.4. previsão de utilização de areia proveniente de jazidas comerciais no orçamento básico, em detrimento da utilização de matérias-primas existentes no local.

7. Analisadas as oitivas da Embasa e da Caixa, complementadas por documentos fornecidos em sede de diligência, o auditor da Secex-BA concluiu que não houve êxito no esclarecimento dos fatos, e propôs a adoção de medida cautelar para impedir que o contrato fosse assinado sem que as irregularidades sejam previamente saneadas.

8. O diretor da subunidade, em seu parecer, corroborou o exame empreendido pelo auditor, mas sugeriu a modificação dos termos do encaminhamento proposto. Segundo o dirigente, o processo já teria condições de ser julgado no mérito, sendo desnecessária a adoção de medida cautelar neste caso. O secretário da Secex-BA, por sua vez, aquiesceu à proposta do diretor.

9. De pronto, manifesto minha anuência às análises empreendidas pelo auditor, com os ajustes propostos pelos dirigentes da Secex-BA, cuja essência incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo dos comentários que tecerei a seguir.

10. Conforme informações constantes no processo (peça 5, p. 5; peça 29, p. 1-2), a controvérsia quanto à necessidade da licença ambiental para as obras da barragem do rio Catolé já se dissipou. Ademais, os relatos dos autos indicam que a Embasa havia, tempestivamente, provocado o órgão ambiental estadual, conforme a legislação vigente, não havendo indício de irregularidade na atuação da empresa.

11. Diante desse cenário, reputo que seria de baixa eficácia a apuração das responsabilidades pela irregularidade em si, assumindo maior relevo a discussão sobre os impactos que podem decorrer da emissão extemporânea das licenças, após a realização da licitação.

12. Nesse sentido, endosso o posicionamento da unidade instrutora acerca da necessidade de se determinar à Embasa que, previamente à assinatura do contrato, analise o impacto das licenças emitidas pelos órgãos ambientais competentes no projeto básico licitado por meio do RDC 01/2017 e na proposta comercial vencedora. A determinação tem o objetivo de asseverar que a emissão intempestiva do licenciamento ambiental não prejudica o objeto licitado, não enseja alterações nas técnicas construtivas ou soluções de engenharia aptas a descaracterizá-lo, nem modifica substancialmente o equilíbrio econômico-financeiro da melhor proposta obtida.

13. Comento, ainda, que, caso haja necessidade de alterações significativas nas soluções técnicas de projeto e/ou no valor orçado para o empreendimento, resta resguardado à Embasa o direito de exercer seu poder de autotutela, facultada, inclusive, a anulação do certame licitatório ou de parte dele, se for de interesse da Administração.

14. No que tange à manifestação da Caixa, observo ser passível de críticas o procedimento padrão de somente demandar a apresentação da licença ambiental na fase final da prestação de contas. Entretanto, as discussões travadas nestes autos não são suficientes para firmar entendimento sobre essa sistemática de uma forma geral. No caso concreto, restou assente que os riscos inerentes à emissão extemporânea das licenças demandam atenção especial da interveniente, fazendo-se necessário determinar que a Caixa se abstenha de efetuar qualquer liberação de recursos do termo de compromisso 0394.941-94/2012 (barramento do Rio Catolé Grande) até que sejam apresentadas as licenças ambientais.

15. Acerca das demais irregularidades ou impropriedades que foram identificadas pela unidade instrutora, observo que não representam, até o momento, grandes riscos à execução do contrato a ser firmado. Entretanto, considerando que as determinações propostas pela Secex-BA dizem respeito ao mero cumprimento da legislação, reputo ser baixo o risco de acolher, nesta oportunidade, a proposta da unidade instrutora. Isso porque, ainda que esses esclarecimentos não restassem consignados no contrato, eles haveriam de ser observados, na prática, por força da legislação vigente, com evidente incidência sobre o contrato.

16. Assim, não vislumbro prejuízo de se determinar à Embasa que retifique a minuta do contrato a ser assinado, de modo que fique expresso, no instrumento, que o limite percentual de aditivos decorrentes de serviços não contemplados pelo projeto básico ou contemplados com quantidades inferiores é de 10%, prevenindo-se eventual dubiedade na interpretação da cláusula referente aos aditivos contratuais, nos termos do art. 42, § 4º, inciso III, do Decreto 7.581/2011.

17. Quanto à ausência de cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação, também entendo ser pertinente sua inclusão, em virtude de se tratar de mero atendimento ao disposto no art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013, que preconiza o seguinte:

“Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços:

(...)

II - **deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação** e as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato, computando-se esse percentual para verificação do limite previsto no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.” (grifos acrescidos)

18. Seguindo esse mesmo raciocínio, acolho, ainda, a proposta de determinar que a Embasa proceda à coleta de manifestação expressa da empresa vencedora do certame quanto à adequabilidade da proposta comercial com as respectivas licenças ambientais. Isso porque, em razão de eventuais adequações de projeto que venham a ser promovidas para compatibilizá-lo com as licenças, a inclusão da cláusula a que se refere o parágrafo anterior, somente, ainda não seria suficiente para alcançar, no caso concreto, os objetivos do art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013.

19. Outro indício verificado no edital diz respeito à menção a possíveis alterações no maciço da barragem após o reconhecimento das reais propriedades mecânicas dos materiais revelados e expostos durante as escavações das fundações (item 2.1.1 do Termo de Referência do Edital RDC 001/2017, peça 7, p. 13). De acordo com a unidade instrutora, a falha decorreria da ausência de previsão de reequilíbrio econômico financeiro em favor da administração pública, caso a nova solução se revele mais econômica.

20. Especificamente nesse caso, a complexidade da questão sugere ser precipitado adotar tal solução em abstrato, antes que qualquer problema concreto tenha surgido. Rememoro que, em virtude do regime de execução por empreitada integral, não há que se falar em necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em toda e qualquer alteração de quantidades. É o caso, por exemplo, de pequenas variações quantitativas nos serviços contratados que, regra geral, não ensejam aditivo, visto que, nesse regime de execução, não se espera que o fiscal realize avaliações meticolosas e individuais de quantidades, medindo “na trena” cada filigrana realizada. Excepcionalmente, com o intuito de evitar o enriquecimento ilícito **de qualquer das partes**, alterações relevantes podem ensejar a assinatura de aditivo, conforme extensamente abordado no paradigmático Acórdão 1.977/2013-TCU-Plenário, cuja racionalidade pode ser útil ao presente caso (muito embora tenha tratado de empreitada por preço global).

21. Nesse sentido, em pontual discordância com o posicionamento da unidade instrutora, reputo mais adequado orientar a Embasa de que eventual reequilíbrio econômico financeiro do contrato deverá observar os ditames Acórdão 1.977/2013-TCU-Plenário.

22. Reforço, contudo, que, caso a compatibilização entre as licenças ambientais e o projeto básico demande alterações significativas nas técnicas construtivas ou na equação econômico-financeira do contrato, cabe à Embasa avaliar a oportunidade e a conveniência de anular o certame licitatório ou parte dele, conforme consignado anteriormente neste voto.

23. Por fim, no que tange às possíveis sobreavaliações dos preços contratados (elevação de taxa de encargos sociais e do BDI e previsão de utilização de areia comercial, em vez de extraída), concordo com a unidade instrutora quando consigna ser desnecessária a realização de determinação para correção dos preços, em razão da baixa materialidade das impropriedades, frente ao desconto ofertado por meio da proposta vencedora, que foi de R\$ 49.630.220,17 (27,5% em relação ao orçamento).

24. Deve-se atentar, contudo, ao fato de que eventual incremento em quantitativos de serviços que apresentem sobrepreço unitário poderia configurar jogo de planilha. Nesse sentido, cabe orientar a Embasa para que, em caso de aditivo contratual, atente para a manutenção do desconto global ofertado, nos termos do art. 42, § 7º, do Decreto 7.581/2011.

25. Por fim, não poderia deixar de agradecer o Ministro Benjamin Zymler e seu gabinete pelas contribuições, integralmente incorporadas ao presente voto.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 7 de fevereiro de 2018.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator