

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 016.099/2017-6

Natureza: Representação

Entidade: Empresa Baiana de Águas e Saneamento (Embasa);  
Caixa Econômica Federal

Representação legal: Érica Meireles Moreira de Araújo (OAB/BA 19.687) e outros, representando Empresa Baiana de Águas e Saneamento (Embasa)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM VITÓRIA DA CONQUISTA/BA. TERMO DE COMPROMISSO. OBRAS DE REPRESENTAMENTO DO RIO CATOLÉ, NO MUNICÍPIO DE BARRA DO CHOÇA/BA. DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. OUTRAS IMPROPRIEDADES NO EDITAL LICITATÓRIO. OITIVAS. DILIGÊNCIAS. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES. DAR CIÊNCIA DE IMPROPRIEDADES NO EDITAL.

## RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pela Procuradoria da República em Vitória da Conquista/BA (peça 2) acerca de possíveis irregularidades na contratação das obras de represamento do rio Catolé, no município de Barra do Choça/BA.

2. Transcrevo, a seguir, a instrução do auditor da Secex-BA (peça 36):

### “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. Extrai-se da documentação encaminhada pelo *Parquet* federal que o supradito empreendimento será custeado com recursos do termo de compromisso 0394.941-94/2012 (peça 2, p. 116), celebrado entre o Governo da Bahia (compromissário) e a União, por intermédio do Ministério das Cidades, a qual, na qualidade de comprometente 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 237/1997, assim como das limitações do art. 20 da Lei 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. Constata-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 1.14.007.000144/2017-10, culminando na ação civil pública 3998-85.2017.4.01.3307, em trâmite na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Vitória da Conquista.

10. No bojo da referida 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 realizar qualquer pagamento ou transferência, ainda que sob outra forma dissimulada, até que a obra integrante do Termo de Parceria 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 RDC 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 incontroversa 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. Já no âmbito desta Corte, instrução inaugural dos autos analisou o edital do RDC 001/2017, identificando-se, perfunctoriamente, os seguintes indícios de impropriedades:

- 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

11.428/2006;

- 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 7.581/2011;
- Disposição editalícia incompatível com o regime de execução definido - Critério Legal: art. 2º, I, da Lei 12.462/2011, c/c art. 65, I, 'a' da Lei 8.666/1993;
- 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 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993;
- 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 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993.

16. Em razão dessas constatações promoveu-se as oitavas da Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A e da Caixa Econômica Federal, nos termos do art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU. Adicionalmente, requereu-se à EMBASA, em sede de diligência, a remessa das atas das sessões de recebimento das propostas, de julgamento de recursos, de adjudicação e de homologação do objeto, e informações acerca do cronograma dos atos do certame até a assinatura do contrato com a empresa vencedora do RDC 001/2017. Junto ao banco federal buscou-se documentos relacionados às análises efetuadas nos preços unitários e nos quantitativos de serviços do orçamento do empreendimento.

17. Uma vez juntadas aos autos as manifestações dos referidos entes, passa-se à análise do material, destacando-se que a resposta da EMBASA encontra-se acompanhada da Nota Técnica 013/2017-DE (peça 29, p. 12), objeto de análise a seguir.

#### **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 11.428/2006**

##### **IV.1.1 - Manifestação EMBASA - peças 29/32**

18. A empresa estadual de águas afirma que atuou sob os ditames legais, seguindo o Decreto Estadual 14.389, o qual dispõe sobre a isenção de licenciamento ambiental para a execução de reservatórios artificiais, açudes ou barreiros com áreas inundadas de até 200 hectares nas zonas urbanas e rurais de municípios em situação de emergência ocasionada pelos efeitos da seca.

19. Nesse contexto, registra que, após requerimento efetuado junto ao órgão ambiental estadual (INEMA), obtivera informação oficial declarando a obra da Barragem do Rio Catolé isenta de licenciamento ambiental.

20. Menciona, também, a ação civil pública em trâmite na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Vitória da Conquista (3998-85.2017.4.01.3307), colacionando trechos da decisão que reconsiderou a liminar de suspensão do procedimento licitatório, a qual afirma vir cumprindo efetivamente, em conjunto com os demais trâmites legais pertinentes ao licenciamento ambiental do empreendimento.

21. Na Nota Técnica 013/2017-DE (peça 29, p. 12) que acompanha a manifestação da empresa estadual, verifica-se o registro de que o licenciamento ambiental para obtenção da licença prévia encontra-se em andamento, estando em fase de análise técnica por parte do INEMA. De acordo com o documento, já foram realizadas duas inspeções complementares na área onde será implantada a barragem, assim como reuniões públicas junto às comunidades impactadas pela obra, com previsão de mais dois encontros nos dias 04 e 05/09/2017 nas cidades de Itapetinga e Barra do Choça.

22. Nesses termos, reitera que 'só procederá a homologação da licitação e posterior assinatura do contrato, após a emissão da Licença Ambiental Prévia'.

#### IV.1.2 - Manifestação CAIXA - peça 23

23. Informa, por intermédio do Ofício 2493/2017/GIGOVSA (peça 23), que o termo de compromisso 394.941-94/2012 está abrangido pela Portaria Interministerial 130/2013, a qual exige a apresentação da licença ambiental ou da respectiva dispensa somente na prestação de contas final. Com isso, considerando o estágio pré-licitação do empreendimento, não caberia tal exigência por parte da CAIXA.

#### IV.1.3 - Análise

24. Extraí-se da documentação apresentada pela EMBASA que a empresa estadual não se descuidou dos aspectos ambientais do empreendimento, pois requereu junto ao órgão estadual competente (INEMA) a expedição da licença prévia do projeto, consoante se infere da leitura da Nota Técnica 013/2017-DE (peça 29, p. 12), onde consta, inclusive, o número do processo administrativo autuado pela autarquia ambiental (2012.001.001088/NOT-001).

25. Em razão da edição do Decreto Estadual 14.389, de 05/04/2013, o Instituto do Meio Ambiente e Recursos Hídricos informou à EMBASA, por intermédio da CT. ATEND N° 00137/2013 (peça 12, p. 40), que ‘o empreendimento da Barragem do Rio Catolé, com 159 hectares de área inundada, localizado nas coordenadas UTM 8351600 N e 339200 E, no município de Barra do Choça, está isento de licenciamento ambiental, de acordo com o art. 4º, inciso V, do Decreto Estadual 14.389 (...)’.

26. Posteriormente, já no exercício 2017, após ser informada de alterações na estrutura do maciço que compõe o barramento, **o INEMA ratifica a isenção do licenciamento ambiental do empreendimento**, considerando a situação emergencial do município de Barra do Choça, reconhecida pelo Decreto Estadual 17.499, de 14/03/2014 (peça 12, p. 42).

27. Nesse contexto, percebe-se que, na condição de empreendedora, a EMBASA adotou o procedimento que lhe seria exigível, inerente a buscar junto ao órgão competente as licenças necessárias à contratação das obras. Se houve eventual falha na avaliação da pertinência da licença, a priori, não pode ser creditada à EMBASA.

28. Apesar dessa constatação, no que importa ao mérito da impropriedade, qual seja, realização de licitação de obra pública sem o devido licenciamento ambiental, julgamos que a situação encontra-se superada com o reconhecimento, por parte da EMBASA, de que o empreendimento imprescinde das correspondentes licenças prévias e de instalação.

29. Conforme se verifica tanto na manifestação junto à Justiça Federal quanto no expediente apresentado em resposta à oitiva promovida por esta Corte, há a indicação que ‘o processo de licenciamento ambiental para obtenção da LP encontra-se em andamento, estando em fase de análise técnica pelo INEMA’.

30. Assim, considerando que a decisão exarada pelo Exmo. Juiz Federal João Batista de Castro Júnior condicionou a assinatura do contrato com a empresa vencedora do certame à obtenção das pertinentes licenças ambientais (peça 05), à essa altura, o busílis consiste em garantir que o projeto básico licitado é dotado de viabilidade ambiental. Dito de outro modo: **a continuidade dos atos administrativos inerentes à contratação do objeto licitado no RDC 01/2017 perpassa, obrigatoriamente, pela análise dos impactos das licenças a serem emitidas no objeto licitado.**

31. Se constatado que os estudos ambientais, muitos dos quais já realizados pela EMBASA, não interferem na solução de engenharia licitada (localização do barramento, das jazidas, medidas mitigadoras, etc.), a obtenção extemporânea das licenças, em que pese a gravidade do ato, poderá ser mitigada, evitando-se a anulação e o refazimento de procedimento licitatório que tem por finalidade última conferir segurança hídrica a uma das regiões mais importantes do Estado da Bahia, ainda que, neste exercício, as precipitações pluviométricas tenham suavizado os efeitos do extenso período de seca.

32. Nesse jaez, em que pese o descumprimento formal do disposto no art. 6, IX, da Lei 8.666/1993 e da jurisprudência desta Corte sobre o tema, a situação pode ser corrigida em observância ao duplo interesse público, caracterizado na consecução de importante obra hídrica em momento de

dificuldades orçamentárias e financeiras do país, assim como na preservação ambiental e mitigação dos impactos da intervenção humana. Para tanto, a empresa estadual contratante deve assegurar que as licenças ambientais supervenientes emitidas pelo INEMA, ou por outro órgão competente, não impactam o objeto do RDC 01/2017.

33. Esse resultado pode ser obtido mediante determinação à EMBASA para que efetue análise nesse sentido, considerando que a contratação do objeto encontra-se suspensa por força de decisão judicial, em conjunto com a manifestação expressa da empresa a ser contratada de que as licenças ambientais extemporâneas ao projeto básico não interferem no equilíbrio econômico financeiro da proposta comercial ofertada no RDC 01/2017. Reduz-se, com isso, os riscos de eventual desconfiguração do objeto licitado e a celebração de termos aditivos no decorrer da empreitada, quase sempre prejudiciais aos cofres públicos, consoante rotineiramente constatado por este Tribunal.

34. Por fim, cumpre-nos comentar apenas a manifestação oferecida pela Caixa Econômica Federal, no sentido de o financiamento de projetos públicos prescindir da apresentação das licenças ambientais, exigíveis apenas na prestação de contas final. O posicionamento fundamenta-se nas disposições da Portaria Interministerial 130, de 23 de abril de 2013, do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, a qual disciplina a transferência de recursos federais do Orçamento Geral da União - OGU para execução de obras e a prestação de serviços de engenharia destinados à prevenção e ao enfrentamento de desastres naturais pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

35. De acordo com o referido normativo, ao final da liberação integral dos recursos conveniados será exigível a apresentação da prestação de contas acompanhada da licença ambiental ou respectiva dispensa, dentre outros documentos (art. 2º, §2º, II).

36. Percebe-se que a postergação do momento para apresentação das licenças junto ao órgão repassador dos recursos tem como mote desburocratizar a atuação federal no auxílio às pessoas impactadas por desastres naturais ou sob risco destes. Porém, deve ser destacado que a referida portaria não dispensa tais elementos (e nem poderia), enfatizando, inclusive, que deverão ser obtidos na forma da legislação vigente (art. 2º, § 5º).

37. Com isso, em tese, não se verifica uma lógica em se postergar a apresentação das licenças (ou dispensas) junto ao ente financiador, já que, se estas continuam exigíveis para a execução das obras ou ações mitigadoras (ou foram dispensadas), já estarão de posse do conveniente/compromitente, podendo facilmente serem disponibilizadas ao ente federal.

38. No caso concreto mais ainda, pois a situação emergencial que assolou a região sudoeste do estado da Bahia não mais persiste, em que pese o risco sempre presente de um novo período de escassez de chuvas. Então, o simples fato de o projeto de construção da barragem do Rio Catolé encontrar-se enquadrado em ação que objetiva prevenir a ocorrência de desastres naturais não é suficiente para afastar os ditames da Portaria Interministerial 424, de 30 de dezembro de 2016, que em seu art. 23, III, elenca como condição para a celebração de instrumentos de repasses a aprovação da licença ambiental prévia, quando o objeto envolver obras.

39. Assim, além da determinação direcionada à EMBASA, julga-se pertinente exigir que o ente financiador, no caso a Caixa Econômica Federal, condicione a liberação de recursos federais à apresentação, por parte do Estado da Bahia, das respectivas licenças ambientais, de modo que possa, inclusive, avaliar se o objeto aprovado no plano de trabalho encontra-se alinhado com as licenças extemporâneas obtidas pela EMBASA.

#### **IV.2 - 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 7.581/2011**

##### **IV.2.1 - Manifestação EMBASA - peças 29/32**

40. Apresenta explanação acerca da fragmentação da legislação que rege as várias formas de contratação de obras por parte da administração pública, destacando que no caso de adoção do regime empreitada integral são admitidas todas as alterações previstas no art. 65 da Lei 8.666/1993,

devendo ser observado apenas o limite de 10% no que diz respeito às alterações determinadas por falhas ou omissões dos documentos técnicos.

41. Após colacionar trechos do Acórdão TCU 1.977/2013-Plenário conclui que a alteração decorrente de omissões ou falhas no projeto básico não poderá superar o limite de 10% previsto no art. 42, § 4º, III, do Decreto Federal 7.581/2011, e que quaisquer outras alterações deverão se ater ao limite de 25% previsto na Lei 8.666/1993.

42. Por último, afirma que se esse não for o entendimento deste Egrégio Tribunal, seguirá as orientações quanto à necessidade de retificar a minuta relativa aos limites legais de aditivos.

#### **IV.2.2 - Manifestação CAIXA - peça 23**

43. Informa que o edital não é objeto de análise por parte da CAIXA e sequer lhe foi apresentado pela EMBASA.

44. Adicionalmente registra que a ‘verificação dos aspectos legais do processo licitatório realizado pelo Proponente/Compromissário extrapola a competência da CAIXA, na condição de instituição financeira, não estando autorizada a realizar atividades de controle não previstas em seu estatuto.’

#### **IV.2.3 - Análise**

45. O apontamento efetuado pela Secex Bahia refere-se à dubiedade do ato convocatório no tratamento dos aditivos em razão de possíveis serviços não contemplados pelo projeto básico ou contemplados com quantidades inferiores, uma vez 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 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;’

46. Apesar de a **subcláusula 14.1** mencionar 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’, a **subcláusula 14.3**, supra colacionada, indica o referencial de 25% como teto de aditivos para todas as situações excepcionadas em item anterior.

47. Em sua manifestação, a EMBASA expõe o entendimento correto sobre o tema, consagrado por este Tribunal quando da prolação do Acórdão 1.977/2013-Plenário, no sentido de que as alterações decorrentes de subestimativas ou superestimativas relevantes nos quantitativos da planilha orçamentária deverão observar o limite de 10%, nos termos do art. 42, § 4º, inciso III, do Decreto 7.581/2011 e do art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013.

48. Com isso, importante apenas retificar as disposições da minuta contratual, de sorte que fique claro, no âmbito do ajuste, os limites para alterações decorrentes de imprecisões no orçamento básico confeccionado pela EMBASA.

49. No que concerne à manifestação da CAIXA, a entidade se limitou a informar que a verificação dos aspectos legais do processo licitatório realizado pelo Proponente/Compromissário extrapola a sua competência, deixando assim de contribuir com o esclarecimento dos fatos, objetivo de sua oitiva.

50. Por fim, em complemento ao questionamento que originou a oitiva preliminar, constata-se a ausência, na minuta que acompanha o edital do RDC, de 'cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação (...), conforme exigido pelo art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013.

51. Dessa forma, junto com a retificação do limite de aditivos decorrentes de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto, faz-se necessário a inserção da cláusula mencionada pelo Decreto 7.983/2013.

**IV.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 12.462/2011, c/c art. 65, I, 'a', da Lei 8.666/1993 e Acórdão TCU 1.977/2013-Plenário-Relator Ministro Valmir Campelo**

**IV.3.1 - Manifestação EMBASA - peças 29/32**

52. Após tecer considerações a respeito das disposições legais inerentes aos projetos básicos e executivos de obras públicas, defende que a limitação da recomposição do reequilíbrio econômico financeiro às situações por ela motivadas não implica inobservância do interesse público, eis que implícito nas relações entre a administração e o particular a Supremacia do Estado, com amparo constitucional.

53. Nesta senda, assevera que 'havendo conflito entre o interesse público e o privado, prevalecerá o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitando-se, contudo, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição, ou dela decorrentes.'.

54. Em adição, a empresa estatal afirma que a recomposição do equilíbrio econômico financeiro em favor do poder concedente, nos termos do art. 65, inciso I, 'a', da Lei 8.666/1993, prescinde de previsão editalícia ou contratual, haja vista determinação legal expressa na Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e na Lei 8.666/1993.

55. Por fim, após apresentar colação de trecho do Voto que antecede ao Acórdão TCU 1997/2013-Plenário, ressalta que busca a alternativa que melhor atenda ao interesse público e aos seus objetivos regulatórios e que coloca-se à disposição desta Corte quanto às alterações nas disposições editalícias.

**IV.3.2 - Manifestação CAIXA - peça 23**

56. Reitera que na condição de mandatária da União dos termos de compromisso do Ministério das Cidades lhe compete apenas verificar o termo de homologação, o despacho de adjudicação, a planilha de custos do licitante vencedor e sua compatibilidade com os custos aprovados, o enquadramento do objeto licitado com o efetivamente contratado, a publicidade pertinente e a declaração do tomador afirmando que a licitação atendeu às formalidades e aos requisitos dispostos na legislação.

57. Tais atribuições estariam alinhadas com os termos dos Acórdão TCU 1.126/2007-Plenário e 6.564/2009 - 2ª Câmara.

**IV.3.3 - Análise**

58. A impropriedade decorre da possibilidade de readequação do 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 - peça 07, p. 13), sem explicitar a necessidade de reequilíbrio econômico financeiro em favor da administração pública caso a nova solução se revele mais econômica.

59. Para a perfeita compreensão do apontamento, transcreve-se abaixo o trecho do edital que trata do assunto:

‘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.’

60. Em resposta à oitiva, a EMBASA externa posicionamento alinhado à preocupação da Secex Bahia/TCU, no sentido de que eventual ganho financeiro decorrente do redimensionamento do maciço implicaria na necessidade de ajuste na contraprestação a ser paga ao particular contratado, em observância ao art. 2º, inciso I, da Lei 12.462/2011 e ao art. 65, I, ‘a’ da Lei 8.666/1993.

61. Por outro lado, assevera que não é necessária disposição editalícia prevendo essa possibilidade, uma vez que o reequilíbrio econômico financeiro possui sede legal e constitucional.

62. Em que pese a posição privilegiada em que atua a administração pública nos contratos administrativos, em razão da necessidade de externar para o parceiro privado as regras e os contornos que envolvem a execução do ajuste (princípio da transparência), faz-se necessária a inserção dessa previsão no ato convocatório.

63. No caso, cumpre destacar que o regime de execução estabelecido para o empreendimento foi a empreitada integral (art. 2º, inciso I, da lei 12.462/2011), em detrimento da contratação integrada, quando há maior flexibilidade do contratado na otimização do objeto licitado, desde que não descuide dos parâmetros mínimos definidos pelo ato convocatório.

64. Na empreitada integral o projeto básico é devidamente disponibilizado aos licitantes, e ainda que seja possível o detalhamento do objeto na fase de projeto executivo, espera-se não haver divergências significativas em relação ao escopo original, sob risco de se caracterizar a deficiência dos estudos que embasaram o procedimento licitatório.

65. Assim, considerando que o contrato para execução do empreendimento ainda não foi celebrado, pois aguarda a obtenção das licenças ambientais por parte da EMBASA, mostra-se pertinente a inclusão de cláusula que explicita a necessidade de reequilíbrio econômico financeiro em razão da revisão e readequação dos dimensionamentos dos maciços com base em dados e informações de melhor precisão, consoante disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/1988, no art. 65, inciso I, ‘a’, da Lei 8.666/1993 e alinhando-se com o entendimento emanado por este Tribunal no Acórdão 1.977/2013-Plenário, paradigma para as contratações sob o regime de empreitada global (e, conseqüentemente, empreitada integral).

**IV.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 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993**

#### **IV.4.1 - Manifestação EMBASA - peças 29/32**

66. Em relação à elevação da taxa de encargos sociais decorrente da consideração de despesas com horas extras e noturnas, a Nota Técnica 013/2017-DE (peça 29, p. 12) consigna a necessidade de se considerar o empreendimento emergencial, dada a ‘escassez hídrica que compromete os mananciais da região e considerando o objeto a ser licitado como equipamento de fundamental importância para regularização da disponibilidade hídrica da região’.

67. Assim, defende que os encargos circunstanciais levam em consideração um ritmo acelerado de obra, com previsão de 04 horas noturnas e horas extraordinárias, as quais, juntas, totalizam 14,25% de encargos circunstanciais sobre os insumos de mão de obra.

68. Salienta, todavia, que o acréscimo do percentual de encargos sociais implica incremento de R\$ 1.221.849,10 no custo da mão de obra do projeto, representando elevação de 5,8% desse custo e de apenas 0,68% no valor total do empreendimento.

69. Sobre a taxa de risco criticada pelo TCU esclarece que o percentual é ‘determinado pela soma dos Riscos Eventuais citados (6,39%), mais o percentual dos riscos quantitativos de serviços (1,66%) - (Anexo 08), totalizando 8,05% referente aos Riscos de Serviço.’

70. Esclarece a metodologia de definição dos impactos na matriz de risco do empreendimento, especificamente dos dois grupos criticados pela análise da Secex Bahia/TCU, nos seguintes termos:

A) Projetos Incompletos (Elaboração) e Revisões de Projetos (Revisões), com 100,0% de impacto: foi considerado que a falta e/ou indisponibilidade deste item Impacta de forma integral em toda a cadeia produtiva do empreendimento, sendo assim a todos os Insumos;

B) Paralisações, chuvas e interferências em campo, com 98,78% de impacto: de forma análoga foi considerado que a falta e/ou indisponibilidade deste Item Impactam na cadeia produtiva da obra, nos insumos de mão de obra, equipamento e de serviços, excetuando-se os Insumos de materiais, conforme cálculo abaixo:

<b>Insumo Serviço (IS) s/ BDI</b>	<b>Insumo Materiais (IM) S/ BDI</b>	<b>Fórmula</b>	<b>Impacto na Obra</b>
R\$ 133.604.966,27	R\$ 1.779.190,19	IS / (IS+IM)	98,7%

#### **IV.4.2 - Manifestação CAIXA - peça 23**

71. Em relação ao percentual de encargos sociais informa que ‘[o] detalhamento de encargos sociais deve atender ao estabelecido no SINAPI da unidade da federação em questão para mão-de-obra horista e mensalista, com ou sem desoneração, conforme o caso, bastando apresentar declaração no corpo do orçamento indicando este atendimento’.

72. No tocante ao BDI, a instituição financeira consigna que é admissível, sem justificativas e necessidade de análise dos percentuais dos itens que o compõem, valores elencados na tabela aprovada por este Tribunal ao prolar o Acórdão 2.622/2013-Plenário.

73. A título conclusivo, assevera que ‘os valores diferenciados de encargos sociais e BDI foram analisados e aprovados segundo critérios de orçamento da EMBASA (Agente Executor - Licitante) e seu orçamentista, através de informações tecnicamente circunstanciadas.’

#### **IV.4.3 - Análise**

74. A justificativa relacionada ao incremento da taxa de encargos sociais do empreendimento fundamenta-se na inserção de percentuais para remunerar eventuais horas noturnas e extraordinárias no decorrer da empreitada. Porém, tal consideração não se alinha com as informações constantes no cronograma físico-financeiro do empreendimento e no histograma de

mão de obra que integra os arquivos do ato convocatório (peças 33/34).

75. De acordo com esse último elemento, a previsão de vínculos laborais no decorrer da execução do projeto é a seguinte:

Figura 01: Histograma mão de obra RDC n.01/2017.

[Figura consta no original, peça 36, p. 10]

76. Sem adentrar no mérito acerca da adequabilidade do gráfico, observa-se que o planejamento da EMBASA indica o pico de efetivo de mão de obra do empreendimento no vigésimo quarto mês (314 operários), decaindo progressivamente até a entrega do produto (mês 33).

77. Somando-se o quantitativo de mão de obra de todos os trinta e três meses obtêm-se o montante de 5.495 operários. Se considerarmos a jornada mensal ordinária de 176 horas, o valor total do indicador 'homem-hora' do projeto será de 967.120 Hh.

78. Compulsando-se o cronograma físico que acompanhou o projeto básico do RDC 01/2017 verifica-se que o quantitativo total de homem hora para a execução do sistema no prazo de trinta e três meses é de 967.107,86 Hh (peça 34), **praticamente o mesmo montante calculado no parágrafo anterior, o qual considera a execução dos serviços apenas na jornada ordinária de trabalho (176 horas mensais).**

78. Dessa forma, ao que tudo indica, **no cronograma do empreendimento não foi considerada a execução de serviços em jornada extraordinária ou noturna**, conforme sustenta a EMBASA em sua oitiva para justificar a elevação do percentual de encargos sociais do orçamento.

79. Entretanto, apesar de não esclarecido tecnicamente o procedimento, assiste razão ao órgão estadual acerca da baixa representatividade financeira do percentual a maior considerado na taxa de encargos sociais da mão de obra. Isso porquê, de acordo com simulações efetuadas pela EMBASA na 'curva ABC' de mão de obra, o valor total considerando a taxa de encargos sociais de 189,09% é de R\$ 22.341.447,96 (peça 29, p. 50), enquanto que o montante obtido com o percentual de 174,84% soma R\$ 21.119.598,86 (peça 29, p. 54).

80. Comparando-se os valores constata-se uma diferença de R\$ 1.221.849,10, a qual representa 0,68% de elevação sobre o valor global do orçamento corrigido [(R\$ 1.221.849,10 / (R\$ 180.476.073,35-R\$ 1.221.849,10)]. Certamente essa pequena elevação encontra-se absorvida no desconto oferecido pela melhor proposta obtida no RDC 01/2017, referente a uma diferença de R\$ 49.630.920,17 em relação ao montante estimado pelo ente contratante (desconto de 27,5%).

81. Com isso, para o deslinde do caso concreto a impropriedade pode ser relevada, sem prejuízo da notificação da empresa pública estadual com vistas a evitar a reiteração da mesma em outras contratações envolvendo recursos da União.

82. **Quanto à elevação da taxa de BDI decorrente do percentual alocado a título de riscos (8,05%),** os questionamentos da Secex Bahia resumem-se ao seguinte: i) divergência entre o percentual aplicado no cálculo do BDI (8,05%) e o indicado no mapa de levantamento de riscos (6,39%); ii) incongruência na consideração dos impactos dos riscos relacionados à 'Projetos Incompletos (Elaboração)', 'Revisão de Projetos (Revisões)', 'Paralisações (Sindicais, Greves e Etc)', 'Chuva' e 'Interferências em Campo'; e iii) **inclusão da taxa de risco no percentual de BDI** do orçamento, elevando-o indevidamente, em inobservância ao art. 75, § 2º, do Decreto 7.581/2011 (Regulamento do RDC).

83. Quanto ao primeiro item, a EMBASA informa que o percentual de 8,05% representa o somatório dos riscos eventuais de serviços (6,39%) com os riscos quantitativos, correspondente à 1,66%. Os riscos eventuais podem ser visualizados na figura a seguir:

Figura 02 - Matriz de riscos eventuais - serviços - RDC 01/2017

[Figura consta no original, peça 36, p. 12]

84. Já os riscos quantitativos correspondem ao somatório do % calculado para os serviços mais representativos do orçamento, considerando o respectivo peso financeiro, o desvio esperado e a

probabilidade de sua ocorrência. A figura a seguir ilustra parte da tabela confeccionada pela EMBASA (peça 35):

Figura 03 - Matriz de riscos quantitativos serviços - RDC 01/2017

[Figura consta no original, peça 36, p. 12]

85. Considerando-se as referidas tabelas, a manifestação oferecida pela EMBASA esclarece a origem do percentual utilizado na composição do BDI (1,66% + 6,39% = 8,05%).

86. Por outro lado, em relação ao segundo item questionado, inerente ao percentual de impacto na obra dos riscos relacionados aos 'Projetos Incompletos (Elaborações)', 'Revisões de Projetos (Revisões)', 'paralisações', 'chuva' e 'Interferências em Campo', a manifestação da EMBASA se mostra incipiente para esclarecer eventual impropriedade na quantificação desses riscos.

87. Para os elementos associados aos projetos, a empresa estadual se limita a expor que 'foi considerado que a falta e/ou indisponibilidade deste item impacta de forma integral em toda cadeia produtiva do empreendimento', o que apenas repete a constatação da Secex Bahia, sem justificá-la.

88. No tocante aos demais itens, a EMBASA defende que o impacto foi considerado excetuando-se os insumos de materiais, conforme cálculo abaixo:

Tabela 01: Cálculo EMBASA justificativa % de impacto na obra.

Insumo Serviço (IS) s/ BDI	Insumo Materiais (IM) S/ BDI	Fórmula	Impacto na Obra
R\$ 133.604.966,27	R\$ 1.779.190,19	IS / (IS+IM)	98,7%

89. Apesar de ilustrar como obteve o percentual de 98,7% considerado a título de impacto nos itens 'paralisações', 'chuva' e 'Interferências em Campo' da matriz de riscos (figura 02), a justificativa também não esclarece a irregularidade. Isso porque, o valor financeiro dos materiais indicados na tabela acima (R\$ 1.779.190,19) refere-se ao orçamento das parcelas dos materiais elétricos e hidráulicos do projeto (descontadas do BDI - 16,35%), orçados à parte pela EMBASA, conforme tabela resumo abaixo:

Tabela 02 - Resumo orçamento RDC 01/2017.

Item	Unidade do sistema	Serviços hidráulicos (534)	Serviços elétricos (536)	Materiais hidráulicos (542)	Materiais elétricos (541)	Total
01	Administração Local	12.262.523,24	-	-	-	12.262.523,24
02	Barragem Catolé - Obra Civil	162.948.126,11	1.987.578,85	1.890.401,19	179.684,49	167.005.790,64
03	Fechamento da Sela Topográfica	312.884,12	-	-	-	312.884,12
04	Área de Bota-Fora/Estoque	149.566,59	-	-	-	149.566,59
<b>Total Obras (Serviços e Materiais)</b>		<b>175.673.100,06</b>	<b>1.987.578,85</b>	<b>1.890.401,19</b>	<b>179.684,49</b>	<b>179.730.764,59</b>
<b>5</b>	<b>Projeto Executivo</b>	<b>745.308,76</b>	-	-	-	<b>180.476.073,35</b>

90. A EMBASA efetuou essa exclusão em razão de que essas parcelas do orçamento contaram com matriz de risco específica, não analisada pela Secex Bahia (matriz de riscos materiais). No caso dos itens 'paralisações', 'chuva' e 'Interferências em Campo' da matriz de serviços, questionou-se o fato de que a ocorrência dos eventos deflagradores do incremento dos custos não impacta a totalidade do orçamento, nos termos considerado pela empresa pública estadual.

91. Comprovando-se o exposto, tem-se, por exemplo, o evento 'paralisações', descrito pela EMBASA como (peça 11):

'situações previsíveis, geralmente ligadas a eventos sindicais, manifestações, com durações médias

de um ou dois dias, que promove a interrupção na cadeia produtiva ou impossibilita o expediente normal de trabalho. **Este risco pode impactar somente a parcela de mão de obra da estimativa.**'

92. Apesar de a própria descrição do evento indicar que o mesmo impacta somente a parcela de mão de obra da estimativa, foi considerado o impacto em 98,78% da obra. Excluiu-se apenas os materiais hidráulicos e elétricos, orçados à parte no projeto.

93. Da mesma forma o item 'chuva', caracterizado pela empresa estadual como:

'Evento previsível com comprometimento parcial ou total dos serviços em execução, impossibilitando a cadeia produtiva de 80% dos serviços objeto dos escopos contratuais. Este evento ocorre e promove a interrupção total das atividades ou a interrupção brusca da produtividade, objeto da estimativa original. **Este risco pode impactar somente a parcela de mão de obra da estimativa.**'

94. Nesses termos, percebe-se que os percentuais aplicados pela EMBASA na matriz de riscos de serviços carecem de justificativas técnica, ocasionando elevação indevida do orçamento do empreendimento, especialmente em razão da inclusão da taxa de **risco no percentual de BDI** do orçamento, em inobservância ao art. 75, § 2º, do Decreto 7.581/2011 (Regulamento do RDC). Apesar de ter sido instada a se manifestar acerca desse procedimento, não houve justificativa específica por parte da conveniente.

95. Apesar de não esclarecidas essas inconsistências, impossível não cotejar no deslinde das irregularidades suscitadas pela Secex Bahia/TCU o significativo percentual de desconto obtido pela EMBASA na sessão de julgamento das propostas do RDC 01/2017, correspondente à 27,5%, bem como o aparente ambiente concorrencial em que se deu o certame. Ainda que o orçamento da empreitada tenha padecido de vícios em sua conformação, ocasionando a elevação indevida do valor do projeto, a efetiva disputa pelo objeto licitado ensejará a contratação com redução de R\$ 49.630.920,17, sinalizando para a mitigação das impropriedades identificadas.

96. Nesse jaez, a notificação da EMBASA acerca das falhas se mostra suficiente para evitar a sua reiteração em contratações futuras.

97. Por fim, em relação à manifestação oferecida pela CAIXA em sede de oitiva, observa-se que a empresa federal não ataca diretamente o cerne das questões, deixando de contribuir com o esclarecimento dos fatos. Nesse caso, vale destacar que a entidade financeira deveria demonstrar mais interesse no assunto, já que o valor global do financiamento ajustado com o Estado da Bahia sofre influência direta das premissas relacionadas à taxa de encargos sociais e ao percentual de BDI utilizados no orçamento aprovado pelo ente federal, elevados indevidamente sem a pertinente fundamentação de ordem técnica, diversamente do que afirma o banco.

**IV.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 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993.**

#### **IV.5.1 - Manifestação EMBASA - peças 29/32**

98. Em relação à consideração, no orçamento do empreendimento, do preço comercial para o insumo areia, a EMBASA expôs o seguinte por meio da Nota Técnica 013/2017-DE (peça 29, p. 19):

O Insumo 'Areia proveniente de jazida comercial, incluindo transporte (D029599999)', foi composto com o intuito de remunerar a contratada para obtenção do insumo específico, ou seja, aquisição e/ou exploração de áreas (jazidas) que possuam o material dentro das características solicitadas, exploradas com recursos da própria contratada.

O custo deste insumo **R\$ 20,03 (SEM BDI)**, se comparados ao custo do insumo análogo do SINAPI: código **00000368** - areia para aterro - posto jazida/fornecedor (retirado na jazida sem transporte) no valor de R\$ 47,17/m<sup>3</sup> (base 05/2017), se constitui em um preço bem mais vantajoso para a Administração Pública.

#### **IV.5.2 - Manifestação CAIXA - peça 23**

99. No que importa à elucidação do indício de irregularidade, a CAIXA registra que ‘a utilização de jazidas não comerciais envolve riscos ambientais e ao orçamento, sendo, todavia, uma decisão técnica do orçamentista do Agente Executor - EMBASA.’.

#### IV.5.3 - Análise

100. O questionamento dirigiu-se ao fato de ter sido constatada a utilização de custos do insumo areia decorrentes de jazidas comerciais no orçamento do empreendimento, em possível desconformidade com o art. 4º, inciso III, da Lei 12.462/2011 e com o art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993.

101. A esse respeito, verifica-se na ‘curva abc’ de insumos do orçamento que foram considerados os seguintes valores para a areia (valores sem BDI):

Tabela 03 - Relação insumos ‘areia’ orçamento básico.

Código	Descrição	Und	Quant.	R\$ Unit.	R\$ TT
D029599999	Areia proveniente de jazida comercial, inclusive transporte	m <sup>3</sup>	338.596,23	20,03	6.782.082,53
D020000004	Areia grossa	m <sup>3</sup>	8.159,72	63,56	518.631,97
D020000001	Areia extraída - posto jazida	m <sup>3</sup>	184,80	59,38	10.973,42
D020000005	Areia media	m <sup>3</sup>	114,47	62,51	7.155,50
D020000003	Areia fina	m <sup>3</sup>	49,71	57,76	2.871,26

102. No sistema de preços oficiais o agregado miúdo apresenta as seguintes cotações:

Figura 04 - Cotações areia SINAPI.

[Figura consta no original, peça 36, p. 15]

103. Conforme se verifica, para os serviços mais representativos do orçamento, referentes aos concretos compactados a rolo, o preço do insumo adotado pela EMBASA se mostra significativamente inferior ao indicado no SINAPI, em que pese a descrição do material apresentar a expressão ‘proveniente de jazida comercial’.

104. Apenas uma parcela residual dos serviços foi orçada com o preço próximo ao definido pelo SINAPI, o qual considera a aquisição em jazidas comerciais.

105. Em que pese a manifestação da EMBASA não elidir essa impropriedade, a adoção de valor mais reduzido para os serviços de execução do maciço do barramento e o ambiente concorrencial que permeou o certame atenuam a falha, sem prejuízo de se notificar a empresa estadual acerca da necessidade de se observar, na execução de obras públicas, a utilização de matérias-primas existentes no local, consoante previsto no art. 12, incisos III e IV, da Lei 8.666/1993.

106. Quanto à explanação da CAIXA, cumpre-nos apenas ressaltar que apesar de a utilização de jazidas não comerciais constituir decisão técnica do orçamentista, conforme sustentado em sua oitiva, insere-se dentro do feixe de atribuições da entidade financeira a análise da adequabilidade do orçamento apresentado pelo ente financiado, a qual deve, obrigatoriamente, debruçar-se acerca da pertinência das premissas técnicas/executivas adotadas, pois, de outro modo, tal análise constituiria apenas em formalidade totalmente dispensável no processo de aprovação do projeto.

#### V. CONCLUSÃO

107. 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. art. 6º, XVIII, da LC n.75/1993 e no art. 103, § 1º da Resolução - TCU 259/2014.

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

109. Adicionalmente, análise efetuada pela Secex Bahia na documentação obtida no portal de licitações da EMBASA sinalizou para outras impropriedades que representam desconformidade

com a legislação que rege a contratação de obras públicas (Lei 12.462/2011 e Lei 8.666/1993) e com a jurisprudência deste Tribunal.

110. Nesses termos, procederam-se às oitivas preliminares da EMBASA e da CAIXA, as quais apresentaram as justificativas analisadas na presente instrução, porém sem êxito no esclarecimento integral dos fatos.

111. No que tange à adoção de medida cautelar, entende-se que tal medida deve ser adotada por estarem presentes nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

112. O primeiro elemento encontra-se reforçado após as oitivas dos entes responsáveis pelo empreendimento acerca dos seguintes indícios de irregularidades:

i) 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 11.428/2006 e art. 6º, IX, da Lei 8.666/1993;

ii) 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 7.581/2011;

iii) 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 12.462/2011, c/c art. 65, I, 'a', da Lei 8.666/1993 e Acórdão TCU 1.977/2013-Plenário-Relator Ministro Valmir Campelo;

iv) 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 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993;

v) 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 12.462/2011, art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993.

113. O segundo requisito para a decisão cautelar também se encontra presente, na medida em que a celebração do contrato com a empresa que apresentou o maior percentual de desconto no RDC 01/2017 (Construtora OAS - 27,5%) ocorrerá tão logo a EMBASA obtenha as licenças ambientais do empreendimento, atualmente em tramitação no órgão estadual competente (INEMA). Uma vez formalizado o ajuste, as correções propostas no instrumento contratual restarão dificultadas, dependendo da prévia manifestação da pessoa jurídica signatária.

114. Quanto ao risco reverso de eventual decisão cautelar, não se vislumbra a sua ocorrência, uma vez que as propostas de encaminhamento a seguir formatadas buscam apenas esclarecer aspectos do edital que podem suscitar dúvidas durante a execução contratual, contribuindo com o regular andamento do empreendimento e a observância da legislação federal. Vale repisar, inclusive, que a própria EMBASA se manifesta de acordo com a maioria dos apontamentos destacados pela Secex Bahia, conforme tratado nos itens IV.2 e IV.3.

115. Assim, considerando que os entes responsáveis pelo empreendimento, quais sejam EMBASA e CAIXA, já se manifestaram em sede de oitiva, e com base nos princípios da economia processual e eficiência, julga-se pertinente a expedição de determinações a título de decisão de mérito, acompanhadas das pertinentes notificações (ciências) a respeito do exposto na legislação federal, sem prejuízo do monitoramento por parte da Secex Bahia.

## VI. INFORMAÇÕES ADICIONAIS

116. 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.

117. 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). O resultado encontra-se registrado na ata da sessão de recebimento das propostas (peça 29, p. 70) e na comunicação externa 863/17 (peça 29, p. 72), assinada pelo presidente da comissão de licitação.

## VII. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

I - 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;

II - determinar, **cautelamente**, nos termos do art. 276, § 6º, do Regimento Interno/TCU, que **Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (EMBASA)**, CNPJ 13.504.675/0001-10, adote as seguintes providências **antes da assinatura do contrato** para execução das obras custeadas com recursos do termo de compromisso 0394.941-94/2012 (barramento do Rio Catolé Grande):

a) proceda à verificação da viabilidade ambiental do projeto básico licitado no RDC 01/2017 frente às licenças emitidas pelos órgãos ambientais competentes, notadamente com o objetivo de asseverar que o licenciamento ambiental intempestivo não prejudicou o objeto licitado e o equilíbrio econômico financeiro da melhor proposta obtida, colhendo, inclusive, manifestação expressa da empresa vencedora do certame de adequabilidade da proposta comercial com as respectivas licenças ambientais, em obediência ao disposto no art. 2º, inciso IV, 'b' da Lei 12.462/2011;

b) retifique a minuta do contrato a ser assinado, de modo que fique expresso no instrumento contratual o limite percentual de aditivos decorrentes dos serviços não contemplados pelo projeto básico ou contemplados com quantidades inferiores, qual seja, dez por cento (10%), assim como, cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrou o edital de licitação, conforme exigido pelo art. 13, inciso II, do Decreto 7983/2013;

c) retifique a minuta do contrato a ser assinado, de modo que fique expresso no instrumento contratual a necessidade de reequilíbrio econômico financeiro do ajuste decorrente de modificações no projeto licitado que impliquem diminuição do encargo do particular, em observância ao art. 2º, I, da Lei 12.462/2011, c/c art. 65, I, 'a', da Lei 8.666/1993 e Acórdão TCU 1.977/2013-Plenário-Relator Ministro Valmir Campelo.

III - determinar, **cautelamente**, nos termos do art. 276, § 6º, do Regimento Interno/TCU, que a **Caixa Econômica Federal (Gerência Executiva de Governo - GIGOV-SALVADOR)** se abstenha de efetuar qualquer liberação de recursos para a execução das obras do termo de compromisso 0394.941-94/2012 (barramento do Rio Catolé Grande) enquanto não apresentadas as respectivas licenças ambientais, em obediência ao art. 23, inciso III, da Portaria Interministerial 424, de 30 de dezembro de 2016.

IV - Com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno TCU, c/c o art. 4º da Portaria Segecex 13, de 27 de abril de 2011, dar ciência à **Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (EMBASA)**, CNPJ 13.504.675/0001-10, acerca das seguintes irregularidades identificadas no orçamento do RDC 01/2017, as quais poderão ensejar a responsabilização dos servidores/gestores que atuarem de forma culposa ou dolosa, comissiva ou omissa, para as suas ocorrências, inclusive mediante condenação solidária ao ressarcimento de eventuais prejuízos ao erário, nos termos da Lei 8.443/1992, caso identificadas novamente na gestão de recursos públicos federais:

a) Elevação indevida da taxa de encargos sociais da mão de obra do empreendimento, especialmente em razão da consideração de percentuais a título de encargos circunstâncias relacionados a horas extras e noturnas em descompasso com o cronograma físico do projeto, configurando infração ao art. 4º, inciso III, da Lei 12.462/2011 e ao art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993;

b) Elevação indevida do percentual de benefícios e despesas indiretas do orçamento, especialmente

em razão da inclusão da taxa de riscos nas parcelas do BDI e da falta de justificativas técnicas para os percentuais de impacto na obra dos desvios esperados, em inobservância ao art. 4º, inciso III, da Lei 12.462/2011, ao art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993 e ao art. 75, § 2º, do Decreto 7.581/2011;

c) Adoção de preços unitários considerando a aquisição comercial de agregado miúdo (areia), constatado nos insumos de código D029599999, D02000000, D020000001, D020000005 e D020000003, deixando de observar, na execução de obras públicas, a utilização de matérias-primas existentes no local, consoante previsto no art. 12, incisos III e IV, da Lei 8.666/1993.

VI - Com fulcro no art. 243, caput, do Regimento Interno TCU, determinar a Secex Bahia que monitore, nos próprios autos, a adoção, por parte da EMBASA e da CAIXA, das providências elencadas nos itens I e II supra;

VII - Encaminhar cópia da decisão a ser proferida à unidade da Caixa Econômica Federal na cidade de Salvador responsável pela fiscalização do termo de compromisso 0394.941-94/2012 (barramento do Rio Catolé Grande), à Casa Civil do Estado da Bahia, à Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (EMBASA) e à Procuradoria da República em Vitória da Conquista/BA (MPF).”

3. O diretor da subunidade, por sua vez, manifestou-se pelo julgamento do processo no mérito, nos seguintes termos (peça 37):

“1. Estamos de acordo com a instrução precedente. Sugiro apenas que para melhor expressar o conteúdo da análise, se modifique os termos contidos na proposta de encaminhamento, haja vista tratar de proposta de mérito, com base no art. 276, §6º do Regimento Interno/TCU. Deixa-se, portanto, de conter o termo ‘cautelamente’, na proposta de determinação, passando a constar como fundamento, o art. 43, I da Lei 8.443/92, nos termos abaixo descritos:

I - 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. 6º, XVIII, da LC 75/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

II - com fulcro no art. 43, I da Lei 8.443/92, determinar à Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (Embasa), CNPJ 13.504.675/0001-10 que, no prazo máximo de 60 dias e antes da assinatura do contrato para execução das obras de barramento do Rio Catolé Grande, objeto do termo de compromisso 0394.941-94/2012 adote as seguintes providências:

a) proceda à verificação da viabilidade ambiental do projeto básico licitado no RDC 01/2017 frente às licenças emitidas pelos órgãos ambientais competentes, notadamente com o objetivo de asseverar que o licenciamento ambiental intempestivo não prejudicou o objeto licitado e o equilíbrio econômico financeiro da melhor proposta obtida, colhendo, inclusive, manifestação expressa da empresa vencedora do certame de adequabilidade da proposta comercial com as respectivas licenças ambientais, em obediência ao disposto no art. 2º, inciso IV, ‘b’ da Lei 12.462/2011;

b) retifique a minuta do contrato a ser assinado, de modo que fique expresso no instrumento contratual o limite percentual de aditivos decorrentes dos serviços não contemplados pelo projeto básico ou contemplados com quantidades inferiores, qual seja, dez por cento (10%), assim como, cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrou o edital de licitação, conforme exigido pelo art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013;

c) retifique a minuta do contrato a ser assinado, de modo que fique expresso no instrumento contratual a necessidade de reequilíbrio econômico financeiro do ajuste decorrente de modificações no projeto licitado que impliquem diminuição do encargo do particular, em observância ao art. 2º, I, da Lei 12.462/2011, c/c art. 65, I, ‘a’, da Lei 8.666/1993 e Acórdão TCU 1.977/2013-Plenário-Relator Ministro Valmir Campelo.

III - determinar, nos termos do art. 43, I da Lei 8.443/92 à Caixa Econômica Federal (Gerência Executiva de Governo - Gigov-Salvador) que se abstenha de efetuar qualquer liberação de recursos para a execução das obras do termo de compromisso 0394.941-94/2012 (barramento do Rio Catolé Grande) enquanto não apresentadas as respectivas licenças ambientais, em obediência ao art. 23,

inciso III, da Portaria Interministerial 424, de 30 de dezembro de 2016;

IV - Com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno TCU, c/c o art. 4º da Portaria Segecex 13, de 27 de abril de 2011, dar ciência à Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (Embasa), CNPJ 13.504.675/0001-10, acerca das seguintes irregularidades identificadas no orçamento do RDC 01/2017, as quais poderão ensejar a responsabilização dos servidores/gestores que atuarem de forma culposa ou dolosa, comissiva ou omissa, para as suas ocorrências, inclusive mediante condenação solidária ao ressarcimento de eventuais prejuízos ao erário, nos termos da Lei 8.443/1992, caso identificadas novamente na gestão de recursos públicos federais:

a) elevação indevida da taxa de encargos sociais da mão de obra do empreendimento, especialmente em razão da consideração de percentuais a título de encargos circunstâncias relacionados a horas extras e noturnas em descompasso com o cronograma físico do projeto, configurando infração ao art. 4º, inciso III, da Lei 12.462/2011 e ao art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993;

b) elevação indevida do percentual de benefícios e despesas indiretas do orçamento, especialmente em razão da inclusão da taxa de riscos nas parcelas do BDI e da falta de justificativas técnicas para os percentuais de impacto na obra dos desvios esperados, em inobservância ao art. 4º, inciso III, da Lei 12.462/2011, ao art. 12, inciso III, da Lei 8.666/1993 e ao art. 75, § 2º, do Decreto 7.581/2011;

c) adoção de preços unitários considerando a aquisição comercial de agregado miúdo (areia), constatado nos insumos de código D029599999, D02000000, D020000001, D020000005 e D020000003, deixando de observar, na execução de obras públicas, a utilização de matérias-primas existentes no local, consoante previsto no art. 12, incisos III e IV, da Lei 8.666/1993.

V - Com fulcro no art. 243, caput, do Regimento Interno TCU, determinar a Secex Bahia que monitore o cumprimento das determinações destinadas à Embasa e da Caixa Econômica Federal, contidas nos itens I e II supra;

VI - Encaminhar cópia da decisão a ser proferida à unidade da Caixa Econômica Federal na cidade de Salvador responsável pela fiscalização do termo de compromisso 0394.941-94/2012 (barramento do Rio Catolé Grande), à Casa Civil do Estado da Bahia, à Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (Embasa) e à Procuradoria da República em Vitória da Conquista/BA (MPF).”

4. O secretário da unidade, por fim, anuiu à proposta do diretor (peça 38).

É o relatório.