

Processo:001.335/2019-7

Natureza: Representação

Entidade: Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec)

Representante: Ministério Público de Contas junto ao TCU e Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária – SeinfraPortoFerrovia

Advogados com procuração nos autos: Regina Schmitt - OAB/DF 38.717 e outros

DECISÃO

Trata-se de Representação, com requerimento de adoção de medida cautelar, com vistas a originalmente verificar a regularidade dos atos relacionados à contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos e apoio e assessoramento para a Diretoria de Operações e Participações da Valec na análise, avaliação e gestão de participação societária minoritária da estatal, especificamente sua participação na Ferrovia Transnordestina, no âmbito do RDC Eletrônico 16/2018 (peça 1).

2. Presentemente, examina-se a assertiva de que, após o encerramento dos presentes autos (peça 45), a jurisdicionada Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec) deu início ao Processo Administrativo 51402.100477/2020-54, tendo como objeto a contratação e empresa especializada de consultoria para assessorar à Valec na participação societária na Transnordestina Logística S/A, o que, provavelmente, representa uma reincidência nas mesmas irregularidades cometidas anteriormente, uma vez que as circunstâncias que cercam a nova contratação guardam grande similitude com o que foi verificado no exame do RDC Eletrônico 16/2018 (peça 46).

3. As análises que respaldam essa conclusão constam de instrução devidamente examinada e ratificada pelos dirigentes da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária - SeinfraPortoFerrovia (peças 47/49), cujo teor pode ser resumido no seguinte excerto, **verbis**:

“II. Processo Administrativo 51402.100477/2020-54 – Processo de Inexigibilidade

19. O Processo Administrativo 51402.100477/2020-54, autuado em 3/7/2020, é destinado à contratação de empresa especializada de consultoria para assessorar à Valec na participação societária na Transnordestina Logística S/A, tendo como motivação o exposto na Nota Técnica 2/2020/GEPAR-VALEC/SUGOP-VALEC/DINEG-VALEC/PRESI-VALEC, do dia 10/7/2020, oriunda da Gerência de Participações (GEPAR) e da Superintendência de Gestão Operacional e Participações (SUGOP) da Valec (peça 46, p. 16-24).

20. A Diretoria Executiva, na 1301ª Reunião Extraordinária, de 10/7/2020 aprovou a abertura do procedimento licitatório, tendo por objeto a contratação de empresa especializada de consultoria para assessorar à Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A na participação societária na Transnordestina Logística S/A (peça 46, p. 32).

21. *O Termo de Referência (peça 46, p. 200-258), de 25/8/2020, dispõe sobre o regramento e as condições para a contratação. No item 1 do Termo (Do Objeto), já fica estabelecido que a contratação se dará por meio de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 30, inciso II, alínea “c”, da Lei 13.303/2016, para tanto, considerou-se o objeto eminentemente técnico e intelectual, de natureza singular, com grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação, de comparação e julgamento, inerentes a um processo de licitação.*
22. *Ainda no Termo de Referência, fica disposto o escopo do serviço com foco (i) na avaliação do empreendimento isolado (Nova Transnordestina – Malha 2) e (ii) na avaliação do negócio (TLSA). O serviço fica separado em sete blocos: (Bloco 1) Análise Econômico-Financeira da Nova Transnordestina; (Bloco 2) Análise Socioeconômica; (Bloco 3) Análise de Riscos; (Bloco 4) Análise Regulatória/Societária; (Bloco 5) Análise Econômico-Financeira – Negócio TLSA; (Bloco 6) Análise de soluções para reestruturação financeira do negócio; e/ (Bloco 7) Suporte ao Processo Negocial (peça 46, p. 213).*
23. *A execução do contrato está dividida em quatro fases, cada uma correspondendo a um produto: (Fase 1) Caracterização do Empreendimento e do Negócio; (Fase 2) Avaliação e Seleção de Alternativas para o Desenvolvimento; (Fase 3) Avaliação das Implicações; e (Fase 4) Suporte ao Processo Negocial (peça 46, p. 224-229).*
24. *O valor estimado de contratação ficou em R\$ 5 milhões, com vigência contratual de nove meses, podendo ser prorrogado por até mais três meses. O prazo de execução contratual é de seis meses (peça 46, p. 236-237).*
25. *Em Nota Técnica Conjunta 1/2020/SUGOP-VALEC/DINEG-VALEC, de 25/8/2020, a Valec justifica a inexigibilidade de licitação e a empresa McKinsey & Company, Inc. do Brasil Consultoria Ltda como futura contratada para executar a prestação de serviço sob análise (peça 46, p. 305-311). Ainda, ficou estabelecido o valor de R\$ 4.400.000,00 para a dita contratação (peça 46, p. 288).*

III. Análise da Unidade Técnica

26. *Neste momento, far-se-á análise preliminar do procedimento licitatório do Processo Administrativo 51402.100477/2020-54, não se pretendendo, portanto, o esgotamento da matéria, tendo em vista uma aparente similaridade com os serviços que seriam prestados no RDC 16/2011. Ainda, serão abordados outros aspectos considerados necessários e relevantes ao caso.*

Similaridade entre os procedimentos licitatórios

27. *Em análise às descrições dos serviços pretendidos nos processos de contratação, observa-se que em alguns aspectos guardam similaridades.*
28. *O RDC 16/2011 tinha como objeto apuração e análise da situação atual (na época em que foi proposto) da participação societária da Valec na Transnordestina, tais como diagnóstico e estudo da viabilidade técnica, econômica e financeira, incluindo os serviços de estudos de mercado, estudos socioeconômicos, análise financeira, análise de riscos do empreendimento. Além disso trouxe serviços que afetavam fluxos de processos, de natureza precipuamente organizacionais da Valec.*
29. *Por sua vez, as descrições dos serviços do atual processo têm algumas de suas ações voltadas a estudos prospectivos de avaliação do negócio. No entanto, não excluiu*

a avaliação atual da participação societária de seu escopo, convergindo em ponto comum com os serviços propostos no RDC 16/2011. Na tabela abaixo, dispõe-se para cada bloco de serviço do processo de inexigibilidade, o serviço equivalente no RDC 16/2011.

(...)

30. Vê-se, portanto, que os serviços referentes aos Blocos de 1 a 5 do atual processo (Processo de Inexigibilidade) guardam semelhança com aqueles da licitação outrora anulada. Por sua vez, o Blocos 6 e 7 se referem a serviços de assessoria à Valec no tocante a possíveis soluções a serem adotadas ao investimento da participação acionária na Nova Transnordestina.

31. Neste caso, propõe que a Valec se manifeste sobre as similaridades de serviços aqui narrados e sua intenção em promover contratação de serviços já considerados irregulares ou inadequados por este Tribunal.

Possibilidade de utilização de quadro de pessoal próprio

32. A possibilidade de utilização de quadro próprio de pessoal já foi discutida na instrução de peça 33 quando esta Unidade Técnica dispôs sobre a multidisciplinaridade dos empregados públicos da Valec.

33. Na ocasião, observou-se que a Valec possui em seu quadro pessoal com formação qualificada para o desenvolvimento de serviços propostos naquele momento. Além da formação em áreas como Engenharia, Direito, Contabilidade e Economia, exigidas em concursos público para ingresso em seu quadro próprio, pode-se citar as capacitações oferecidas pela Valec aos seus empregados, a exemplo de Especialização em Engenharia Ferroviária, oferecida a 50 empregados do seu quadro, conforme Contrato 4/2015 (DOU 13/1/2015)

34. Assim sendo, tal argumento pode ser novamente levantado, desta vez para a contratação de consultoria que agora se analisa. Deste modo, propõe-se que a Valec se pronuncie a respeito, justificando quais os motivos que ensejam a contratação de consultoria em valores elevados, quando esta poderia ser realizada por quadro próprio de pessoal.

A construção da Ferrovia Transnordestina e o bloqueio de recursos

35. No presente momento, a ferrovia Nova Transnordestina ainda se encontra inacabada. Ademais, a viabilidade do empreendimento está sendo questionada pelo Tribunal de Contas da União e pelo Congresso Nacional, havendo ainda decisão da ANTT pela caducidade do contrato de concessão.

36. Deve-se apontar que, além das questões eminentemente financeiras pendentes de resolução, há irregularidades detectadas na assinatura do contrato de concessão da referida malha, analisados no TC 012.179/2016-7, ainda pendente de julgamento por este Tribunal, especificamente no que tange à ilegalidade da cisão da antiga malha nordeste.

37. Ademais, mantém-se, até o momento, o bloqueio do repasse de recursos públicos para as obras da Nova Transnordestina, conforme se observa na transcrição abaixo do Acórdão 2.532/2017-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues:

9.2. *determinar, com fulcro no art. 276 do RI/TCU, à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias, ao Fundo de Investimento do Nordeste-Finor, ao Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste-FNE, ao Fundo de Desenvolvimento do Nordeste-FDNE, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social-BNDES e ao BNDES Participações S.A.-BNDESPar que se abstenham de destinar recursos, a qualquer título, para as obras de construção da Ferrovia Transnordestina (Malha 11) ou para a concessionária, até ulterior deliberação desta Corte de Contas.*

38. *O Congresso Nacional, por seu turno, também deliberou pelo bloqueio, por meio da Lei Orçamentária Anual (LOA), dos recursos orçamentários para o exercício de 2019 para quaisquer subtítulos relacionados às obras da Ferrovia Transnordestina (Anexo VI da Lei 13.818/2019).*

39. *Dessa forma, mostra-se temerária a contratação de empresa de consultoria para avaliações a respeito da viabilidade do negócio e sua reestruturação, haja vista, até o presente momento, não ter havido a aprovação dos projetos da ferrovia pela ANTT, o que impede a retomada regular das obras.*

Possibilidade de realização de licitação

40. *Para a execução dos serviços dispostos no novo procedimento licitatório, a Valec se valeu da inexigibilidade de licitação. Para isso, alega que o “escopo do objeto definido no Termo de Referência, declara-se que o serviço especializado, objeto da presente contratação, é complexo, singular, incomum, peculiar, não corriqueiro e insuscetível de comparação com outros da mesma espécie no setor público ou privado” (peça 46, p. 308).*

41. *Observa-se, no entanto, que alguns serviços guardam semelhança com aqueles descritos no RDC 16/2018, principalmente, os atinentes a avaliar a situação atual dos investimentos. No caso do certame de 2018, apesar de anulado por irregularidades já discutidas nos autos, houve competição, caracterizada pela apresentação de quatro propostas de empresas interessadas.*

Tabela 1: Propostas apresentadas no RDC 16/2018

Empresa Proposta de Preço (R\$)

ERNST & YOUNG ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA 6.631.000,00

ACCENTURE DO BRASIL LTDA 6.913.000,00

CONTECNICA CONSULTORIA TECNICA LTDA 7.554.288,83

MACIEL AUDITORES S/S 10.073.852,88

Fonte: Peça 7

42. *Assim, alguns serviços poderiam ser objetivamente definidos em um ambiente competitivo, viabilizando uma licitação. Neste caso, propõe-se que a Valec justifique a intenção de contratar por inexigibilidade de licitação de todo o escopo, sendo que ao menos em parte dele ficou comprovada a viabilidade licitatória.*

Ausência de parecer jurídico do setor competente

43. *No que se trata da manifestação jurídica das contratações da Valec, os arts. 300 e 301 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Valec (2018) dispõem que:*

Art. 300 As dispensas e inexigibilidade de licitação poderão ser desobrigadas de apreciação pela Assessoria Jurídica da VALEC, desde que exista manifestação jurídica referencial para aplicação em objetos análogos.

Art. 301 Para que ocorra a dispensa da manifestação jurídica citada no artigo anterior, a área demandante deverá cumprir ainda as seguintes exigências:

I. Que conste manifestação expressa do Superintendente e do Diretor da área, atestando a aplicabilidade da manifestação jurídica referencial;

II. Que a cópia da manifestação jurídica referencial seja juntada aos autos pela área demandante.

44. *Em consulta aos autos, não ficou demonstrada a manifestação jurídica, seja pela Procuradoria Jurídica da Valec, seja por motivação aliunde ou per relationem, anexado ou transcrito nos autos. Ressalta-se, ainda, que na manifestação da Superintendência de Licitações e Contratos (SULIC), em 26/8/2020, consta na parte final “De acordo, encaminha-se à PROJUR conforme solicitado” (peça, 46, p. 316). No caso, PROJUR se refere à Procuradoria Jurídica da Valec tal como observado no organograma institucional da entidade.*

45. *Assim sendo, propõe-se que a Valec justifique a ausência de manifestação jurídica ou que apresente documento da Procuradoria Jurídica, reportando-se sobre a sua posição acerca da contratação de consultoria.*

Pressupostos para medida cautelar

46. *Diante dos fatos narrados e consoante o art. 276 do Regimento Interno do TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do fumus boni iuris e do periculum in mora.*

47. *Analisando os elementos obtidos, verifica-se que há, nos autos, os pressupostos acima mencionados.*

48. *O fumus boni iuris assenta na (i) constatação de o atual processo de contratação guardar similaridades com o RDC 16/2011, o qual se revelou irregular e impróprio; (ii) possível antieconomicidade da contratação direta diante do não aproveitamento de quadro de pessoal próprio para execução dos serviços; (iii) situação indefinida das obras da Ferrovia Transnordestina; (iv) possível realização de licitação do objeto pretendido; (v) ausência de parecer jurídico do setor competente a respeito da legalidade da contratação.*

49. *O periculum in mora está consubstanciado na iminência da assinatura de contrato para a prestação dos serviços de consultoria, o que pode vir a comprometer a eficácia de decisão de mérito deste Tribunal a respeito do processo de contratação. Ressalta-se que o processo de contratação encontra-se em estágio avançado, tendo, inclusive, empresa escolhida (peça 46, p. 305-311) e reserva de dotação orçamentária para despesa pública (peça 46, p. 353).*

50. *De outra parte, verifica-se que a adoção da medida cautelar não configura o periculum in mora reverso, uma vez que se a suspensão do objeto de contratação não acarreta explicitamente prejuízo às atividades regulares da Valec nem ao interesse público. No entanto, neste caso, propõe-se que a Valec se manifeste sobre um possível prejuízo na suspensão do procedimento licitatório.*

CONCLUSÃO

51. *Este processo foi reaberto tendo em vista a apresentação de fatos novos, refletidos em novo processo administrativo da Valec visando à contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos e apoio e assessoramento para a Diretoria de Operações e Participações da Valec.*

52. *No exame técnico desta Unidade, verificou-se que alguns dos serviços propostos já haviam sido objeto de análise deste Tribunal, que por fim, concluiu pela anulação do certame. Ainda, observou-se outros elementos: (i) possível antieconomicidade da contratação direta diante do não aproveitamento de quadro de pessoal próprio para execução dos serviços; (ii) situação indefinida das obras da Ferrovia Transnordestina; (iii) possível realização de licitação do objeto pretendido; (iv) ausência de parecer jurídico do setor competente a respeito da legalidade da contratação.*

53. *O periculum in mora está consubstanciado na iminência da contratação de consultoria, podendo ensejar prejuízo à Valec e/ou ao interesse público e comprometer a eficácia da decisão de mérito deste Tribunal. Dessa forma, entende-se que deve ser adotada medida cautelar, inaudita altera pars, para que a Valec não assine contrato de prestação de serviços de consultoria, por estarem presentes nos autos os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, bem assim por não se ter configurado o periculum in mora ao reverso, capaz de trazer prejuízos significativos à Valec ou ao interesse público.*

54. *Assim, as informações são suficientes para demonstrar a necessidade de adoção urgente por parte deste Tribunal de medidas para que a Valec não assine o contrato relativo à prestação de serviços de consultoria, até análise de mérito pelo Tribunal.*

55. *A cautelar ora proposta deve ser adotada sem a oitiva prévia do responsável, prevista no art. 276, § 2º, do Regimento Interno do TCU, tendo em vista a iminência da contratação de consultoria.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) *determinar, cautelarmente, sem oitiva prévia da parte, nos termos do art. 276, caput, do Regimento Interno/TCU, à Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. que não assine o contrato referente ao Processo Administrativo 51402.100477/2020-54, até que o Tribunal de Contas da União delibere no mérito acerca do certame;*

b) *determinar, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno do TCU, a oitiva da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., para, no prazo de até 15 dias, manifeste-se sobre a contratação de empresa especializada de consultoria para assessorar à Valec na participação societária na Transnordestina Logística S/A, em relação aos seguintes pontos:*

- b.1) a semelhança entre o objeto do presente processo de contratação e aquele constante no RDC 16/2011 e a intenção em promover contratação de serviços já considerados irregulares ou inadequados por este Tribunal;*
- b.2) a possibilidade de utilização de quadro pessoal próprio, tendo em vista a disponibilidade de corpo técnico multidisciplinar;*
- b.3) a possibilidade de promoção de certame competitivo, tendo em vista que alguns dos serviços foram licitados anteriormente;*
- b.4) a ausência de manifestação jurídica acerca da contratação acostada aos autos;*
- b.5) o perigo da demora reverso decorrente da suspensão do procedimento licitatório.”*

II

Passo a decidir.

4. Preliminarmente, entendo que o requerimento de medida cautelar inserido no documento em exame (peça 47), cumpre previsão normativa constante no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno, logo pode ser conhecido.

5. Por meio do Despacho de 5/2/2019 (peça 11) deferi medida cautelar e determinei a suspensão do RDC 16/2018, para que não houvesse adjudicação do objeto e assinatura do contrato correspondente, até que o Tribunal deliberasse no mérito acerca da legitimidade do certame. A medida foi referendada pelo Acórdão 189/2019 – Plenário (peça 18).

6. O mérito do presente processo foi apreciado por meio do Acórdão 2.878/2019 – Plenário, de minha relatoria, prolatado na Sessão Plenária de 27/11/2019 (Ata nº 46/2019 – Plenário) nos seguintes termos, **verbis**:

“9.1. conhecer da presente representação, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c art. 45 da Lei 8.443/1992, que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote providências com vistas a anular o RDC 16/2018, tendo em vista os procedimentos irregulares constatados no certame, com ofensa aos princípios da supremacia do interesse público e da economicidade, e, ainda, com descumprimento à determinação da alínea “c” do Acórdão 1.308/2018-TCU-Plenário;

9.3. dar ciência desta deliberação à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S/A;

*9.4. **arquivar** os presentes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, todos do Regimento Interno/TCU.”*

7. Após o encerramento dos presentes autos, a Valec deu início, no dia 3/7/2020, ao Processo Administrativo 51402.100477/2020-54 que, mais uma vez, tem por objeto a contratação de empresa especializada de consultoria para assessorá-la na participação societária na Transnordestina Logística S/A (peça 46).

8. Diante desse fato e da aparente similaridade entre os dois processos de licitação e de contratação direta, a SeinfraPortoFerrovia promoveu a reabertura dos presentes autos para a apuração de eventual reincidência, nas mesmas irregularidades já verificadas no RDC 16/2018, agora no âmbito do Processo Administrativo 51402.100477/2020-54.

9. Quanto ao mérito das novas irregularidades representadas, como bem demonstrou a Unidade Técnica, há indícios suficientes a apontar para a existência de **fumus boni juris**. Há indícios de que a futura contratação também é antieconômica, pois a jurisdicionada possui quadro de pessoal próprio e com expertise suficiente para execução dos serviços; o futuro das obras da Ferrovia Transnordestina continua incerto; e elementos apontam para a ausência de parecer jurídico sobre a pretendida contratação direta, contrariando normativo interno.

10. Verifico também que restou caracterizado o **periculum in mora**, considerando que a assinatura do contrato é iminente e pode criar obstáculos à eficácia da futura decisão de mérito deste Tribunal a respeito da matéria. Perfilho ainda a opinião de que não há **periculum in mora** reverso, uma vez que uma eventual suspensão da contratação, ao contrário, poderá evitar sérios prejuízos ao Erário. Deste modo, entendo possível e necessária a adoção imediata de medida cautelar **inaudita altera pars**, como requerido.

11. Diante do exposto, CONHEÇO do presente requerimento de medida cautelar em Representação, uma vez respaldada na previsão normativa do art. 237, inciso VI, do Regimento Interno, e DETERMINO, com fulcro no art. 276, caput e § 3º, do mesmo diploma:

I – **cautelamente** à Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., que não assine o contrato referente ao Processo Administrativo 51402.100477/2020-54, até que o Tribunal de Contas da União delibere a respeito;

II - a **oitiva** da Diretoria Executiva da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (art. 39, §2º, do Estatuto da Valec), para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifeste-se sobre a contratação direta de empresa especializada de consultoria para assessorá-la na participação societária na Transnordestina Logística S/A, em especial no que diz respeito aos seguintes pontos:

a) a semelhança entre o objeto do presente processo de contratação e aquele constante no RDC 16/2011 e a intenção em promover a contratação de serviços já considerados irregulares ou inadequados por este Tribunal;

b) a possibilidade de utilização de quadro pessoal próprio, tendo em vista a disponibilidade de corpo técnico multidisciplinar;

c) a possibilidade de promoção de certame competitivo, uma vez que alguns dos serviços já foram licitados anteriormente;

d) a ausência de manifestação jurídica acerca da contratação;

e) o perigo da demora reverso decorrente da suspensão do procedimento de contratação.

III– a **comunicação** à Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. do teor da presente decisão e a remessa de cópia dela e da instrução (peça 47), a título de subsídio ao cumprimento da oitiva acima determinada;

IV – alertar os responsáveis pelo Processo Administrativo 51402.100477/2020-54, no âmbito da Valec, inclusive a autoridade designada pela sua homologação e assinatura do respectivo contrato, de que a eventual consumação de irregularidades em razão do prosseguimento dos atos

decorrentes do processo administrativo sujeitará os respectivos agentes às sanções legais previstas na Lei nº 8.443/92;

V – à unidade técnica que, vencido o prazo fixado no item II acima e não apresentadas as devidas ações, razões e justificativas, retorne os presentes autos imediatamente a este Relator devidamente instruídos;

VI – seja dada ciência da presente Decisão ao Conselho de Administração da Valec (art. 41 do Estatuto da Valec).

12. À Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária - SeinfraPortoFerrovia para as providências cabíveis.

Brasília, 17 de setembro de 2020

(Assinado eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO
Relator