

TC 001.335/2019-7

Tipo: Representação (com pedido de medida cautelar)

Unidade jurisdicionada: Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec), vinculada ao Ministério da Infraestrutura (MI)

Representante: Ministério Público de Contas junto ao TCU

Representado: Valec (42.150.664/0001-87)

Advogado: Regina Schmitt - OAB/DF 38.717 (peça 3)

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de representação do Ministério Público de Contas junto ao TCU, a respeito de possíveis irregularidades no processo de contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos e apoio e assessoramento para a Diretoria de Operações e Participações da Valec.

HISTÓRICO

2. O presente Processo cuidou inicialmente de análise sobre supostas irregularidades na condução do RDC 16/2018. Este procedimento licitatório teve por objeto a 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.

3. Esta representação foi oferecida pelo Ministério Público de Contas junto ao TCU, levando-se em conta os seguintes aspectos: (i) ilegitimidade da despesa decorrente da iminente extinção da estatal e (ii) incertezas na continuidade da construção da ferrovia Transnordestina (peça 1, p. 11).

4. Em medida cautelar de 5/2/2019, após ouvida a Unidade Técnica, o Ministro Relator Raimundo Carreiro, determinou a suspensão do RDC 16/2018, para não lhe adjudicar o resultado e não assinar o contrato correspondente, até que o Tribunal deliberasse no mérito acerca da legitimidade do certame. Ainda, determinou oitiva à Valec para se manifestar sobre (i) a antieconomicidade pela contratação de assessoria externa em detrimento da utilização de seus empregados na construção dos produtos objeto da licitação, uma vez que a estatal possui corpo técnico multidisciplinar em seu quadro de funcionários e (ii) o eventual perigo da demora reverso decorrente da interrupção da licitação Valec 16/2018 (peça 11, p. 8-9). A medida cautelar foi referendada no Acórdão 189/2019-TCU-Plenário, de 6/2/2019 (peça 18).

5. Ao analisar o mérito, a Unidade Técnica, em 19/6/2019, concluiu pela ilegitimidade da contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos e apoio e assessoramento da Diretoria de Operações e Participações (Dirop) na análise, avaliação e gestão da participação societária minoritária da Valec, tendo início no procedimento licitatório no âmbito do RDC 16/2018 (peça 33).

6. Em sua manifestação do dia 6/8/2019, o Ministério Público de Contas junto ao TCU corroborou a proposta de encaminhamento da Unidade Técnica no sentido de a Valec adotar as medidas com vistas a anular o RDC 16/2018 (peça 36).

7. No Acórdão 2.878/2019-TCU-Plenário, de 27/11/2019, o TCU determinou à Valec que adotasse 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 (peça 37). Esta última determina à Valec que *“nas futuras licitações tendo como objeto a prestação de serviços de consultoria, avalie de modo aprofundado a sua real necessidade a fim de que apresente justificativas completas, congruentes e consistentes para a contratação”*.

8. A Valec, em cumprimento ao Acórdão 2.878/2019-TCU-Plenário, promoveu a anulação do procedimento licitatório referente ao RDC 16/2018, publicada no DOU 247, de 23/12/2019 (peça 43, p. 2).

9. Após o encerramento dos autos no TCU, a Valec autuou o Processo Administrativo 51402.100477/2020-54, no dia 3/7/2020, tendo novamente como objeto a contratação de empresa especializada de consultoria para assessorar a estatal na participação societária na Transnordestina Logística S/A (peça 46).

10. Diante do fato novo e em vista de aparente similaridade dos processos de contratação, a SeinfraPortoFerrovia promoveu a reabertura do presente processo, para a devida fiscalização deste Tribunal acerca do novo processo destinado à contratação de consultoria. Assim, esta análise se dará, portanto, com foco na contratação de assessoria em apoio à Valec, disposta no Processo Administrativo 51402.100477/2020-54.

11. Após a manifestação da Unidade Técnica (Instrução de peça 47), o Ministro Relator Raimundo Carreiro, em medida cautelar de 17/9/2020, referendada pelo Acórdão 2.699/2020-TCU-Plenário, determinou à Valec que não assine o contrato referente ao Processo Administrativo 51402.100477/2020-54, até que o Tribunal delibere a respeito. Ainda na decisão, determinou oitiva para que a Valec se manifeste sobre a contratação direta de empresa especializada de consultoria, em especial aos seguintes pontos (peça 50):

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 16/2018 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.

EXAME TÉCNICO

I. Manifestação da Valec

12. Em resposta à oitiva, a Valec apresentou manifestação dispostas nas peças 56 a 58, a seguir detalhada.

13. A Valec apresentou o Ofício 448/2020/ADMIN-VALEC/GAB-VALEC/PRESI-

VALEC, de 23/9/2020, no qual encaminha a Nota Técnica 1 e o Parecer Jurídico exarado nos autos do Processo Administrativo 51402.100477/2020-54 (peça 56).

14. A Nota Técnica 1/2020/GAB-VALEC/PRESI-VALEC, de 23/9/2020, dispõe sobre cada um dos pontos da oitiva, a seguir detalhados (peça 57):

a) a semelhança entre o objeto do presente processo de contratação e aquele constante no RDC 16/2018 e a intenção em promover a contratação de serviços já considerados irregulares ou inadequados por este Tribunal: a Valec afirma que o RDC 16/2018 tinha como objeto não somente o empreendimento TLSA, mas também tratava de uma reestruturação da empresa como um todo, não guardando, em grande parte das atividades, consonância com o que se pretende na atual contratação. A finalidade da atual contratação teria o fim específico de “avaliação de viabilidade do empreendimento Nova Transnordestina, relacionada à participação societária minoritária da Valec na concessionária TLSA. Para tanto, a contratada deverá apontar caminhos, cenários e alternativas de solução para a Transnordestina e o imbróglio da TLSA”.

b) a possibilidade de utilização de quadro pessoal próprio, tendo em vista a disponibilidade de corpo técnico multidisciplinar: a Valec informa que a utilização de seu quadro de pessoal, bem como o conhecimento e competência exigidos de seus profissionais, tiveram como foco a sua função social, em especial, a construção da infraestrutura ferroviária. Ainda, o que se busca com a contratação de consultoria, além da formação profissional, são as boas práticas relacionadas à matéria e o *know-how* da futura contratada. Relata que o imbróglio envolvendo o empreendimento Transnordestina se mostra bastante complexo e requer uma tomada de decisão por parte da alta administração, justificando, portanto, a contratação de assessoria à área da Valec ainda em estruturação e aperfeiçoamento. Ao fim, destaca que “a notória especialização comprovada pela futura contratada no ramo da infraestrutura ferroviária nacional e internacional, com especialistas altamente qualificados que atuarão de forma colaborativa em busca de solução de um desafio desse porte, extrapola em muito uma análise simplista de quadro técnico”.

c) a possibilidade de promoção de certame competitivo, uma vez que alguns dos serviços já foram licitados anteriormente: a Valec dispõe que apenas parte das atividades de um dos produtos da atual contratação guarda certa semelhança com o RDC 16/2018 e que os produtos previstos na atual contratação são interdependentes e seu fracionamento inviabilizaria o alcance dos resultados pretendidos.

d) a ausência de manifestação jurídica acerca da contratação: a Valec informa que a procuradoria jurídica se pronunciou por meio do Parecer 36/2020/PROJUR-VALEC/PRESI-VALEC, concluindo pela possibilidade jurídica de contratação da consultoria.

e) o perigo da demora reverso decorrente da suspensão do procedimento de contratação: a Valec relata as principais características da Nova Transnordestina, sendo imprescindível a realização da pretensa contratação destinada a subsidiar a decisão da Valec em relação à sua participação societária na “Nova Transnordestina”. Ainda, dispõe que estaria configurado o perigo da demora reverso decorrente da postergação na análise e apresentação de cenários para tomada de decisão acarretar impacto socioeconômico imensurável e prejuízo financeiro à Valec.

15. Ainda, a Valec apresenta o Parecer 36/2020/PROJUR-VALEC/PRESI-VALEC, no qual dispõe sobre a posição jurídica da Valec acerca da contratação direta da McKinsey & Company, Inc. do Brasil Consultoria Ltda, para a prestação de serviços técnicos especializados de consultoria para avaliação de viabilidade do empreendimento Nova Transnordestina (malha 2), relacionada à participação societária minoritária da Valec S.A na concessionária Transnordestina Logística S/A (peça 58).

II. Análise da SeinfraPortoFerrovia

16. De início, deve-se registrar que a Valec apresentou Parecer 36/2020/PROJUR-VALEC/PRESI-VALEC, datado em 1/9/2020, em atendimento ao disposto nos arts. 300 e 301 do Regimento Interno de Licitações e Contratos da Valec (2018). Assim sendo, especificamente no que tange à ausência de manifestação jurídica no processo de contratação, este aspecto da oitiva fica suprido com a informação ora apresentada pela Valec.

17. Antes de se adentrar na análise da oitiva propriamente dita, faz-se necessário contextualizar a situação na qual a presente contratação se insere.

II.1. Ferrovia Nova Transnordestina e Participação Acionária da Valec

18. A Companhia Ferroviária do Nordeste obteve a concessão da Malha Nordeste, no total de 4.238 km, por meio de leilão realizado em 18/7/1997, efetivada pelo Decreto Presidencial de 30/12/1997.

19. A pedido da concessionária, a Agência Nacional de Transportes Terrestres expediu a Resolução-ANTT 1.210/2005, em que autoriza a elaboração de projetos visando à construção, ao alargamento, à remodelação e à modernização de ramais pela concessionária na Malha Nordeste. Com base nesta Resolução, foi firmado protocolo de intenções entre a concessionária, a União, a Agência de Desenvolvimento do Nordeste (Adene), o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), o Banco do Nordeste do Brasil (BNB) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), destinado à realização do projeto de infraestrutura denominado “Nova Transnordestina”.

20. A Lei 11.772/2008 dispõe que compete à Valec participar do capital de empresas que tenham como objetivo operar a EF 232 – atual Ferrovia Nova Transnordestina.

Art. 9º Compete à Valec, em conformidade com as diretrizes do Ministério dos Transportes:

(...)

IX - participar minoritariamente do capital de empresas que tenham por objeto construir e operar a EF 232, de que trata o item 3.2.2 - Relação Descritiva das Ferrovias do Plano Nacional de Viação, do Anexo da Lei no 5.917, de 10 de setembro de 1973, com as alterações introduzidas por esta Lei.

21. Em 2013, após requerimento da concessionária, a ANTT promoveu, dentre outras medidas, a cisão da concessão criando a Malha I (antiga Malha Nordeste) e a Malha II (projeto Nova Transnordestina), tendo esta os seguintes controladores: CSN, Fundo de Desenvolvimento do Nordeste (FDNE), Valec e BNDES (Resolução-ANTT 4.042/2013). Em janeiro de 2014, um novo contrato de concessão foi firmado pela TLSA (Concessionária), ANTT e o DNIT para a construção da Malha II e, posteriormente, operação ferroviária exclusivamente pela TLSA.

22. A participação da Valec no empreendimento se deu a partir de 2011, quando a Estatal realizou o primeiro aporte de R\$ 164 milhões no capital da empresa concessionária TLSA. Nos exercícios subsequentes (2013 a 2016), a Valec realizou aportes sucessivos, alcançando o total de mais de R\$ 1 bilhão em valores presentes.

23. Em 2016, o TCU realizou auditoria operacional para avaliar a participação acionária da Valec no projeto Ferrovia Nova Transnordestina, tendo a equipe de auditoria constatado: (i) inexistência de análises técnicas, econômicas ou financeiras e de ponderação de possíveis resultados para embasar a participação da Valec como acionista minoritária da TLSA; (ii) tratamento inadequado aos riscos identificados; (iii) análise deficiente dos pedidos de liberação de recursos; (iv) inexistência de análise de contratos de Capex referentes às obras da Transnordestina; (v) análise deficiente de pleitos por contratos com partes relacionadas à TLSA

24. Nos Acórdãos 67/2017-TCU-Plenário e 2.532/2017-TCU-Plenário, ambos de relatoria do Ministro Walton Alencar, o Tribunal determinou que as entidades envolvidas se abstenham de destinar recursos, a qualquer título, para as obras de construção da Ferrovia Transnordestina (Malha II) ou para a respectiva concessionária, até que a TLSA apresente à ANTT todos os elementos de projetos, incluindo os estudos geotécnicos, solicitados por aquela Agência, bem como até que a ANTT valide as alterações do projeto e a definição do respectivo orçamento.

25. Atualmente, a Ferrovia Nova Transnordestina se encontra inacabada, tendo sido executados R\$ 6,7 bilhões (R\$ 1,124 bilhões aportados pela Valec). Dos 29 lotes existentes, apenas 5 foram concluídos, ainda se estimando um investimento de R\$ 7,4 bilhões para sua conclusão (peça 57, p. 10). Além da pendência financeira, aspectos de legalidade estão sendo tratados pelo TCU no TC 012.179/2016-7, ainda em trâmite neste Tribunal, especificamente no que tange à ilegalidade da cisão da antiga Malha Nordeste.

26. 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).

27. Após esta contextualização sobre a situação da Ferrovia Nova Transnordestina, a seguir serão tratados os tópicos arrolados na oitiva.

II.2. Semelhança entre o objeto do presente processo de contratação e aquele constante no RDC 16/2018 e a intenção em promover a contratação de serviços já considerados irregulares ou inadequados por este Tribunal

28. O RDC 16/2018 foi um procedimento licitatório iniciado no âmbito da Valec, destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos e apoio e assessoramento na análise, avaliação e gestão de participação societária minoritária da estatal, especificamente sua participação na Ferrovia Nova Transnordestina. Na ocasião, o Tribunal, no Acórdão 2.878/2019-TCU-Plenário, determinou a anulação do certame, 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.

29. Já o Processo Administrativo 51402.100477/2020-54 da Valec, autuado em 3/7/2020, é destinado à contratação de empresa especializada de consultoria para assessorar a estatal 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).

30. De antemão, já se pode apontar a semelhança, quase identidade, da descrição do objeto de contratação nos dois processos, porquanto os dois processos são destinados a contratar empresa para a prestação de serviços técnicos de assessoramento e apoio à análise, avaliação e gestão da participação da Valec no Projeto Nova Transnordestina.

31. Em análise às descrições pormenorizadas de cada serviço pretendido nos dois processos de contratação, observa-se que guardam semelhanças consideráveis.

32. O RDC 16/2018 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.

33. Por sua vez, as descrições dos serviços do atual processo abarcam, além dos serviços de diagnóstico financeiro do projeto encontrados no RDC 16/2018, estudos de soluções para a implantação e desenvolvimento do negócio. Na tabela abaixo, dispõe-se para cada bloco de serviço do processo de inexigibilidade, o serviço equivalente no RDC 16/2018.

Tabela I: Descrição de serviços nos processos de contratação

Processo Administrativo 51402.100477/2020-54	RDC 16/2018
<p>Bloco 1 - Análise Econômico-Financeira - Empreendimento Transnordestina Nova Transnordestina - Malha 2: Análise econômico financeira para verificar a magnitude do valor intrínseco do empreendimento/negócio TLSA, sob a ótica econômica financeira, por meio de métodos consagrados, com análise de fluxos de caixa a preços constantes, observando estudos específicos de mercado, CAPEX (Capital Expenditures), OPEX (Operational Expenditures) e demais premissas necessárias à modelagem;</p> <p>Bloco 2 - Análise Socioeconômica: Análise sócio econômica, com objetivo de mensurar e monetizar os benefícios socioeconômicos específicos para o setor ferroviário, comparando-os com os custos associados a cada uma das opções aventadas nos cenários estudados, com o objetivo de se extrair análise indicativa de custo-benefício;</p> <p>Bloco 3 - Análise de Riscos: Análise de riscos, identificando os riscos evidenciados, o grau de severidade e as repercussões sobre os cenários apresentados casos estes riscos venham a se materializar e as medidas mitigadoras.</p> <p>Bloco 4 - Análise Regulatória/Societária: Mapeamento dos imbróglis regulatórios, administrativos e societários, envolvendo o empreendimento/negócio TLSA. Este mapeamento conectar-se-á com os cenários extraídos para a viabilidade do empreendimento, demonstrando os impactos e as mudanças necessárias à sua concretização;</p> <p>Bloco 5 - Análise Econômico-Financeira - Negócio TLSA: avaliar de modo integrado o Negócio TLSA, compreendendo o ativo principal (concessão da Nova Transnordestina), a relação empresarial e societária já acumulada e traduzida em seu conjunto de ativos e passivos. Verificar a existência e magnitude do valor intrínseco do Negócio TLSA sob a ótica econômico-financeira.</p>	<p>Diagnóstico do empreendimento: consiste dentre outros, levantar as variáveis consideradas críticas à companhia e ao negócio da Sociedade Participada, identificando os pontos passíveis de maior transparência e detalhamento, bem como dos problemas que impedem o alcance dos resultados desejados; Analisar o Acordo de Acionistas e de Investimentos da Sociedade Participada, destacando as prerrogativas e obrigações da VALEC; analisar Contratos de Capex firmados pela Sociedade Participada, com vistas a assegurar que foram realizados de acordo com as condições de mercado vigentes à época, e no melhor interesse da companhia; verificar a extensão total dos trechos ferroviários em implantação, por meio de filmagem (mapeamento por drone), de modo a identificar os pontos considerados críticos e necessários de auditorias técnicas, subsidiar a verificação da qualidade do projeto executivo do empreendimento, bem como das obras executadas, dando subsidio à equipe dos estudos de viabilidade técnica econômica e financeira;</p> <p>Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Financeira - EVTE: conjunto de estudos necessários à verificação da existência de viabilidade técnica, econômica e financeira para a execução de uma determinada obra de infraestrutura de transportes. No presente caso, os estudos a serem desenvolvidos serão os seguintes: i. Verificação de Conformidade e Aderência do Projeto de Engenharia existente; ii. Verificação de Conformidade e Aderência Ambiental; iii. Estudos de Mercado; iv. Estudos Operacionais; v. Estudos Socioeconômicos; vi. Avaliação Econômica e Financeira (Análise Socioeconômica, Análise Financeira, Análise de Riscos).</p>
<p>Bloco 6 - Análise de soluções para reestruturação societária e financeira do negócio: estratégias e medidas necessárias para reestruturação financeira e societária do negócio, apontando os desdobramentos de ordem financeira, estratégias de financiamento, entre outras situações que venham a impactar a viabilidade da solução proposta. Inclui analisar as restrições de diversas naturezas e mapear pontos de ajuste necessários, entre outros, nos principais instrumentos jurídicos da sociedade (Acordo de Acionistas, Acordo de Investimentos, entre outros instrumentos jurídicos que se façam necessários neste processo de reestruturação).</p>	<p>Sem correspondência explícita</p>
<p>Bloco 7 - Suporte ao Processo Negocial: apoiar a Valec nos desdobramentos da fase negocial junto ao acionista majoritário e demais acionistas minoritários.</p>	<p>Sem correspondência explícita</p>

Fonte: Peça 46, p. 213-223 e Peça 6, p. 9-27

34. Vê-se, portanto, que os serviços referentes aos Blocos de 1 a 5 do atual processo (Processo de Inexigibilidade) são semelhantes, senão idênticos, àqueles 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.

35. Dessa forma, pode-se perceber que o cerne da contratação se manteve inalterado, não importando a conceituação ou nomenclatura dada para as atividades propostas. O RDC 16/2018 tinha por pretensão dar o efetivo conhecimento da real situação do empreendimento, para que com isto a direção da Valec pudesse tomar as decisões que lhe cabiam. Já o presente processo de contratação, além dos serviços relacionados à avaliação do estado atual do negócio, inclui serviços relacionados à apresentação de soluções para a reestruturação do negócio e suporte ao processo negocial.

36. Ante o exposto, haja vista a similaridade entre os objetos pretendidos em cada processo de contratação, entende-se que o referido processo de contratação por inexigibilidade atrai para si todos os elementos de constrição jurídicos anteriormente utilizados na avaliação do RDC 16/2018 para fins de aferição de sua regularidade.

37. Nesse sentido, conclui-se que a presente contratação viola os Acórdãos 67/2017-TCU-Plenário e 2.532/2017-TCU-Plenário, haja vista restar ainda presente determinação emitida por este Tribunal de bloqueio de destinação de recursos públicos para o projeto Nova Transnordestina e a possibilidade de utilização de empregados da empresa estatal para os serviços pretendidos.

38. Cabe também assinalar que a Valec não dispõe de poder decisório sobre o Projeto Transnordestina, já tendo, inclusive, em manifestações anteriores ao TCU, relatado que apenas transferia recursos financeiros e que quaisquer medidas de decisão sobre o empreendimento caberiam ao Ministério a qual se vincula. Sobre este assunto, a Valec já se pronunciou no TC 021.577/2016-1 (Peça 68, TC 021.577/2016-1):

(...) 12. Na prática, a Valec funciona como braço do Governo Federal para a projeção e construção de ferrovias pelo Brasil, de modo parecido ao tipo de atribuições que desempenha o DNIT no ramo das rodovias, nosso principal modal.

(...) 16. De igual forma, vale destacar o contido no caput do dispositivo legal acima trazido, onde a VALEC é, dentre suas competências legais, vinculada às diretrizes do Ministério dos Transportes, não lhe sendo conferida ampla e irrestrita autonomia na sua atuação. É aquele ente ministerial que provê e impõe à VALEC a forma de sua atuação.

(...) 26. Destarte, tem-se por derradeiro, neste particular, que a participação da VALEC como acionária da TLSA se dá por imposição legal, obedecendo diretrizes do Ministério dos Transportes, obedecendo a função de fomento estatal do modal ferroviário nacional, exercendo verdadeiro braço financeiro do Estado, ratificando-se o já esclarecido junto à essa unidade técnica o papel de repassador de recursos para aporte de capital naquela empresa privada.

(...) 48. Os estudos de viabilidade foram realizados pelo Ministério dos Transportes e ANTT. A Valec vem atuando como executora dos repasses de recursos do governo federal, tendo como base o contido no Acordo de Investimentos e de Acionistas, conforme bem destacado por essa unidade técnica em seu relatório, vejamos: "55. A partir de 2012, o Ministério dos Transportes, a ANTT e a TLSA realizaram tratativas para realizar o investimento de R\$ 7 bilhões na Transnordestina."

(...) 50. O Contrato de Concessão, celebrado em 22 de janeiro de 2014, entre a União (por intermédio da ANTT) e a TLSA, estabelece, na Cláusula Décima Sexta, que a atividade de fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico da CONCEDENTE (ANTT) ou por entidade com ela conveniada, sendo que a ação de fiscalização abrangerá, também, os contratos e acordos firmados pela CONCESSIONÁRIA (TLSA). A Valec vem atuando como executora dos repasses de recursos do governo federal, com base no Acordo de Investimentos

firmado em 20 de setembro de 2013 e como agente público de fomento do sistema ferroviário nacional.

39. Portanto, entende-se que fica evidenciado, conforme disposto pela própria Valec, que a sua autonomia administrativa para deliberar sobre o futuro da ferrovia é frustrada por força de dispositivo legal (Art. 9º da Lei 11.772/2008).

(...) 64. O fundamento utilizado, de possível autonomia funcional da Valec, remetendo a sua total independência para atuar, em verdade, torna-se frustrado. Evidencia-se o próprio dispositivo legal: "Art. 9º Compete à Valec, em conformidade com as diretrizes do Ministério dos Transportes", para reafirmar que a Valec se constitui como executora das diretrizes do MT, em contraposição a dedução apontada no relatório.

65. Portanto, neste horizonte há que se ratificar que os atos analisados no relatório não podem abraçar a hipótese de que Valec exercia de forma plena e autônoma o seu papel de acionista e administradora da Companhia, nos termos da Lei 6.404/1976, mas que o mesmo era condicionado e, portanto, se tratava de um exercício vinculado dos seus direitos e deveres como administradora da TLSA.

(...) 68. Ora, como já fora ratificado anteriormente, percebe-se que o relatório desconsidera fato de que a Valec, pelas circunstâncias em ocasião: de não participar na definição de políticas públicas de Governo e sim as executar; da sua vinculação ao Ministério dos Transportes na forma de diretrizes legais; e tratar-se de empresa pública de orçamento dependente, não pode ser enquadrada com um tratamento igual à denominação genérica de Administrador, nos termos da Lei nº 6.404/1976 (Lei das SA's).

40. Apesar dos excertos acima elencados que caracterizam a Valec como mera executora financeira do empreendimento terem sido apresentados em 2017, na época em que se vigorava outra gestão, não ficam caracterizadas mudanças significativas na legislação e nos normativos no sentido de que a empresa passe a deter prerrogativas decisórias, desvinculadas do Ministério, tendo em vista que todas as justificativas apresentadas continuam inalteradas: o art. 9º da Lei 11.772/2008 continua vigente, a Valec continua vinculada ao Ministério (hoje da Infraestrutura) e permanece ainda na condição de empresa estatal dependente.

41. Assim, entende-se que as competências adstritas à Valec, no que tange à participação na Ferrovia Transnordestina, não contemplam a resolução dos profundos problemas jurídicos e regulatórios do empreendimento, para os quais existem outros órgãos e entidades responsáveis, Ministério da Infraestrutura e ANTT. Portanto, verifica-se que não há garantias suficientes que eventuais soluções dadas em âmbito de consultoria possam efetivamente ser implementadas pela Valec, pois ultrapassam sua esfera de atuação, o que configura desvio de finalidade da contratação pretendida.

II.3. a possibilidade de utilização de quadro pessoal próprio, tendo em vista a disponibilidade de corpo técnico multidisciplinar:

42. Tal como discutido no exame do RDC 16/2018, e agora na análise do atual processo de contratação, questionou-se sobre a possibilidade de aproveitamento do quadro de pessoal próprio para satisfazer o objeto de contratação, tendo em vista a equipe multidisciplinar disponível da Valec. Sobre este ponto, a Valec afirmou que os serviços a serem prestados pela consultoria seriam de alta complexidade, exigindo empresa com expertise necessária para tal fim.

43. De acordo com os dados do Portal da Transparência do Governo Federal (<http://www.portaltransparencia.gov.br>), a Valec possui, em 2020, orçamento destinado a pagamento de pessoal (Grupo de Despesa 1) no total R\$ 121 milhões. Deste total, estão incluídos empregados públicos concursados e ingressos na Estatal no concurso público realizado em 2012 nas mais diversas áreas – direito, economia, engenharia, contabilidade. Apesar de contar com significativo corpo técnico, o que se percebe aos longos dos anos, é que as consultorias e assessorias

da Valec se ramificaram em seus diversos setores e áreas, dentre as quais pode-se mencionar supervisão, gerenciamento, desapropriação, arqueologia, ambiental. Assim, ao falar que a contratação “extrapola em muito uma análise simplista de quadro técnico” entende-se que pode haver subestimação da capacidade do corpo técnico da empresa.

44. Em sua justificativa, a Valec aponta que “por muito tempo manteve o foco na sua função social, em especial, a construção da infraestrutura ferroviária. Em vista disso, o conhecimento e a competência exigida de seus profissionais, bem como a qualificação ofertada pela Valec, sempre buscou esse fim”. Sobre este ponto convém informar que muitas das consultorias contratadas pela Valec também são destinadas à área de construção ferroviárias, incluídas as supervisões e gerenciamento das obras.

45. Constata-se ainda que os investimentos empreendidos pela estatal no Projeto Nova Transnordestina iniciaram em 2011 e, aparentemente, passados nove anos, a Valec ainda não alocou e não especializou seu corpo técnico ou parte dele para avaliar e acompanhar o projeto.

46. Face à existência de corpo técnico multidisciplinar próprio e ao aporte significativo de recursos públicos da União, por parte da Valec, na Ferrovia Transnordestina, entende-se razoável que a estatal capacite o seu pessoal acerca do empreendimento, de modo a atender às necessidades da empresa para estruturar suas próprias decisões.

II.4. Possibilidade de promoção de certame competitivo, uma vez que alguns dos serviços já foram licitados anteriormente:

47. De antemão, deve-se pontuar que a Valec depende de recursos orçamentários do Orçamento Geral da União para seu custeio e manutenção. Nesta vereda, a referida empresa deve obedecer não apenas aos dispositivos da Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas, mas também aos da Lei 8.666/1993.

48. Diante da situação, deve-se iniciar apontando que a inexigibilidade de licitação para a contratação de consultoria é tema recorrente no TCU, inclusive dispondo de duas súmulas sobre o assunto:

SÚMULA TCU 39: A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.

SÚMULA TCU 252: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado. Dessa forma, entende-se necessário para a contratação por inexigibilidade que o administrador público comprove que os serviços a serem contratados estejam abarcados no rol do art. 13 da Lei 8.666/1993, sejam singulares e a empresa disponha de notória especialização a respeito da singularidade apontada.

49. Sobre o assunto, o Prof. Lucas Rocha Furtado (Curso de Direito Administrativo, Belo Horizonte: Ed. Forum, 2010, p. 460-461) assim consignou:

A razão pela qual esta hipótese de licitação [hipótese de inexigibilidade] tem suscitado ampla controvérsia decorre do fato de que o citado dispositivo exige que se reúnam, simultaneamente, três requisitos diferentes para que dada situação nele possa ser enquadrada.

Primeiro, exige-se que se trate de contratação de um dos tipos de serviços técnicos especializados relacionados no art. 13 da Lei 8.666/1993; segundo, que o serviço seja de natureza singular e; terceiro, que os contratos e faça com profissional ou empresa de notória

especialização.

50. A despeito do primeiro requisito, o qual é de fácil identificação por meio do referido art. 13 da Lei de Licitações, os outros dois requisitos demandam do administrador público cuidado minucioso a respeito do enquadramento jurídico. Isto porque precisa comprovar cabalmente a singularidade do objeto e a notória especialização do pretense contratado.

51. Sobre a singularidade do objeto a ser contratado e a notória especialização da pessoa a ser contratada, o referido doutrinador assim expôs:

A singularidade a que se refere o dispositivo legal está relacionada às peculiaridades do serviço a ser executado...

(...)

Devemos deixar evidente, portanto, que não é apenas o fato do serviço a ser contratado ser considerado técnico-profissional especializado que justificará a contratação sem licitação, por inexigibilidade.

(...)

A contratação de advogados para o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, como visto, depende de prévia licitação. Essa é a regra a ser seguida. Porém, se se tratar de causa judicial tão cheia de particularidades que apenas determinado profissional ou escritório, em fase de sua notória especialização, teria condições de defender a Administração, a contratação sem licitação seria justificada. (Curso de Direito Administrativo, Belo Horizonte: Ed. Forum, 2010, p. 462-463)

52. Nesse sentido, não basta que sejam identificados os serviços a serem prestados como consultoria técnico-financeira, para viabilizar a contratação direta. Entende-se necessário que a Valec, por um lado, viesse a comprovar no processo administrativo a singularidade do objeto, ou seja, que o objeto possui especificidades as quais particularizam os serviços a serem prestados, de tal forma a demandar, dentre o universo de empresas de consultoria do mercado, uma única empresa de notória especialização apta a executar o referido objeto.

53. Por outro lado, também há necessidade de que a Valec comprovasse que a referida empresa de consultoria McKinsey possuísse a notória especialização necessária para prestar os serviços singulares demandados pela empresa estatal.

54. No entanto, constata-se que os elementos apresentados no processo (peça 46) não demonstram a singularidade do objeto e nem a notória especialização da empresa sobre o referido objeto.

55. De acordo com o Parecer 36/2020/PROJUR-VALEC/PRESI-VALEC (peça 58), a singularidade do objeto decorreria apenas do fato de a área técnica demandante ter consignado no processo que “não se trata de objeto comum ou de fácil caracterização mediante critérios técnicos objetivos” e que “não pode ser avaliado por uma simples consultoria que preencha requisitos objetivos de uma licitação”. Por último, alicerçou-se em afirmação da área técnica, em que se declara “que o serviço especializado, objeto da pretensão, é complexo, singular, incomum, peculiar, não corriqueiro e insuscetível de comparação com outros da mesma espécie no setor público ou privado”.

56. Sobre a notória especialização, a Nota Técnica Conjunta 1, citada no referido parecer jurídico, se limita a afirmar que “a McKinsey acumula conhecimento e *know how* específico no setor ferroviário brasileiro e mundial que a colocam em posição de superioridade em relação às demais empresas de consultoria no assunto” (peça 58, p. 4). Por último, lastreia a alegada superioridade da empresa pretendida nos seguintes argumentos:

- Experiência no setor ferroviário;
- Atendimento de 5 das 10 principais empresas de cargas ferroviárias do mundo;
- Realização de 550 projetos ferroviários nos últimos 5 anos;
- Detém 35 sócios em todo mundo no setor ferroviário, de modo a ampliar a possibilidade de compartilhamento de informações e expertise;
- Possuir mais de 2.000 consultores com experiência em projetos ferroviários, inclusive no Brasil;
- Ser a firma líder em projetos de capital no mundo, com atuação em mais de 100 projetos e USD 1 trilhão em investimentos;
- Possuir dezenas de artigos e publicações sobre questões relevantes do setor;
- Deter experiência em várias etapas de projetos de infraestrutura e em diferentes classes de ativo;
- Deter ferramentas e modelos ferroviários proprietários para abordar os principais desafios do setor ferroviário;
- Atuar em diversos projetos de infraestrutura ferroviários na Europa, Ásia, África e no Brasil.

57. Os referidos argumentos, acima repisados, mostram-se vagos e subjetivos, não demonstrando, primeiro, a singularidade do objeto, haja vista os serviços pretendidos serem similares aos intentados no RDC 16/2018, os quais, por terem sido licitados, ainda que não contratados, necessitou-se definição objetiva para a realização do certame.

58. Ademais, os argumentos para a notória especialização não comprovam cabalmente a capacidade técnica única da empresa McKinsey que a distinga de outras empresas de consultoria do mercado.

59. Aponta-se ainda que a McKinsey sequer compõe o grupo das 4 mais importantes e respeitadas empresas de auditoria e consultoria do mundo (conhecidas internacionalmente como “The Big Four”), composto pela *Ernst & Young Global Limited*; *PricewaterhouseCoopers*; *Deloitte Touche Tohmatsu Limited*; e KPMG, as quais detêm ampla experiência em consultoria em projetos de infraestrutura de transportes, conforme pode ser verificado nos sites de cada empresa na internet.

60. Ante o exposto, a ausência da devida comprovação do cumprimento dos requisitos legais respalda a inviabilidade de competição licitatória, motivo pelo qual entende-se que deveria ter sido promovida no presente caso, observando-se ainda os outros pontos tratados nesta instrução.

61. Assim, resta-se demonstrada a inviabilidade de licitação dos serviços que se inserem na atual contratação, tendo em vista guardar relação, ao menos no seu cerne, com aqueles dispostos no RDC 16/2018, desnaturando alguns dos requisitos mínimos exigidos para atendimento à inexigibilidade de licitação: comprovação da natureza singular do objeto e da inviabilidade de competição. Entende-se configurada, portanto, infração ao art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, o que motiva proposta de determinação para anulação do processo administrativo 51402.100477/2020-5.

II.6. Perigo da demora reverso decorrente da suspensão do procedimento de contratação:

62. Relata a Valec que a suspensão da contratação configuraria perigo da demora reverso tendo em vista a análise e apresentação de cenários para tomada de decisão acarretar impacto socioeconômico imensurável e prejuízo financeiro à Valec. Ressalta-se que a Valec não especificou quais seriam esses impactos nem quantificou o prejuízo financeiro.

63. Como já apresentado, a participação acionária da Valec na Transnordestina ocorreu entre os exercícios de 2011 e 2016. A Auditoria Operacional que detectou falhas de gestão do empreendimento ocorreu em 2016 e a decisão do Tribunal que determinou a suspensão de novos

aportes no empreendimento ocorreu em 2017, e ainda se encontrando vigente.

64. Verifica-se, portanto, que não há o que se falar em perigo de demora reverso, considerando que o Tribunal tem agido no sentido de salvaguardar os investimentos, inclusive ao analisar a concessão da Ferrovia Nova Transnordestina e determinar pela suspensão de novos aportes até o deslinde da matéria (TC 021.577/2016-1).

CONCLUSÃO

65. 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.

66. Após a suspensão da contratação por medida cautelar, a Valec foi instada a se manifestar acerca dos seguintes aspectos: (i) a semelhança entre o objeto do presente processo de contratação e aquele constante no RDC 16/2018 e a intenção em promover contratação de serviços já considerados irregulares ou inadequados por este Tribunal; (ii) a possibilidade de utilização de quadro pessoal próprio, tendo em vista a disponibilidade de corpo técnico multidisciplinar; (iii) a possibilidade de promoção de certame competitivo, tendo em vista que alguns dos serviços foram licitados anteriormente; (iv) a ausência de manifestação jurídica acerca da contratação acostada aos autos; (v) o perigo da demora reverso decorrente da suspensão do procedimento licitatório.

67. Com relação à semelhança entre os objetos da atual contratação e o RDC 16/2018, a análise técnica concluiu que o cerne da contratação se mantém inalterado não importando a nomenclatura dada para as atividades propostas. Assim, a contratação que agora se pretende guarda relação com o certame já considerado irregular pelo Acórdão 2.878/2019-TCU-Plenário. Ainda, se que eventual resultado da consultoria se tornar infrutífera diante da ausência de poder decisório da Valec no Projeto Nova Transnordestina.

68. No que se refere de utilização de quadro pessoal próprio, verificou-se que a Valec possui corpo técnico multidisciplinar, podendo ser capacitado e empregado nas atividades pretendidas. Não se verifica justificativa plausível, após nove anos de investimentos, para que a Valec não tenha alocado parte do seu pessoal para acompanhamento e avaliação de investimento de tamanha importância financeira e social, que é o projeto Nova Transnordestina.

69. Por sua vez, sobre a possibilidade de realização de licitação, demonstrou-se, por meio do RDC 16/2018, a viabilidade de licitação de parcela dos serviços que seriam agora contratados, desnaturando a singularidade do objeto como requisito para inexigibilidade de licitação.

70. A ausência de manifestação jurídica foi suprida pelo Parecer 36/2020/PROJUR-VALEC/PRESI-VALEC, tornando sem efeito, portanto, os apontamentos iniciais sobre esse documento.

71. Por fim, não ficou demonstrado o perigo da demora reverso, tendo em vista o próprio Tribunal já ter tomado medidas que salvagam o investimento da Ferrovia Nova Transnordestina.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

72. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:
- a) Determinar à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., com fundamento no art. 4º, inciso I da Resolução-TCU 315/2020, que, no prazo de quinze dias, adote providências com vistas a anular o processo administrativo 51402.100477/2020-54, referente à contratação de empresa especializada de consultoria para assessorar a empresa estatal na concessionária Transnordestina Logística S.A., por infringir o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993;
 - b) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, todos do Regimento Interno/TCU.

SeinfraPortoFerrovia, 3ª DT, 16 de outubro de 2020.

Candice Maria Freire Trigueiro Escorcio
AUFC – Matrícula 11074-4
(Assinado eletronicamente)