

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 001.335/2019-7

Natureza: Representação (com pedido de cautelar)

Entidade: Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

Interessados: Ministério Público Federal (03.636.198/0001-92); Ministério da Infraestrutura; Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimento;

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

Representação legal: Wagner Alessandro Ferreira e outros, representando Ministério da Infraestrutura; Andre Luis Macagnan Freire (344.154/OAB-SP) e outros, representando Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimento; Silvia Regina Schmitt (38.717/OAB-DF), representando Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR RATIFICADA PELO ACÓRDÃO 2.699/2020 – PLENÁRIO E REVOGADA PELO ACÓRDÃO 69/2021 – PLENÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação oferecida pelo Ministério Público junto ao TCU, representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, com requerimento de adoção de medida cautelar, versando sobre 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. **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, em princípio, indicaria a reincidência nas mesmas irregularidades cometidas anteriormente, uma vez que as circunstâncias que cercam a nova contratação guardam forte 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).

4. Por meio da Decisão à peça 51, de 17/9/2020, determinei a adoção das seguintes providências, *verbis*:

“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).”

5. A medida cautelar foi referendada pelo Tribunal por intermédio do Acórdão 2.699/2020 – Plenário, a seguir transcrito:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido 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,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276, caput e §1º, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

9.1. referendar a medida cautelar concedida em 16/09/2020, por meio da decisão à peça 50;

9.2. restituir o processo à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária - SeinfraPortoFerrovia, para as providências cabíveis.”

6. Por meio da instrução à 63, cujas conclusões a seguir transcritas contaram com a anuência do corpo diretivo daquela unidade técnica (peças 64 e 65), a SeinfraPortoFerrovia analisou o mérito dos presentes autos.

“CONCLUSÃO

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

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;

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

MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

7. Considerando tratar-se de Representação do Ministério Público de Contas e que em etapas anteriores houve manifestação do *parquet* especializado, mediante o Despacho à peça 67, de 23/10/2020, solicitei, novamente, a manifestação do MP/TCU, desta feita acerca da proposta de mérito apresentada pela unidade técnica à peça 63.

8. O Ministério Público junto ao TCU, representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, autor da Representação em análise, manifestou-se conforme o Parecer à peça 69, de 5/12/2020, a seguir transcrito.

“Trata-se de processo de representação do Ministério Público de Contas em face de contratação de consultoria pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Edital n. 16/2018, anulado), que se encontrava arquivado desde janeiro de 2020 (peças 43-45), e que foi reaberto pela SeinfraPortoFerrovia por conta de novo processo de contratação deflagrado pela estatal em 3/7/2020 (peça 46), tendo, na ótica da unidade técnica, similaridade com irregularidades constatadas no certame anterior, cuja anulação foi determinada pelo Acórdão 2.878/2019-TCU-Plenário, de relatoria de Vossa Excelência:

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;

Ato contínuo, a Valec anulou o procedimento licitatório referente ao RDC 16/2018, cujo objeto foi a "Contração de empresa especializada na prestação de serviços técnicos e apoio e assessoramento da Diretoria de Operações e Participações na análise, avaliação e gestão da participação societária minoritária da Valec" (peça 43).

Dessa forma, o foco da nova representação da SeinfraPortoFerrovia foi a contratação direta da Mckinsey & Company Inc. do Brasil Consultoria Ltda.1 (Mckinsey) para prestação de serviços técnicos especializados de consultoria para avaliação de viabilidade do empreendimento Nova Transnordestina (Malha 2), relacionada à participação societária minoritária da Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (peça 46).

A unidade técnica especializada do TCU manifestou-se, preliminarmente, pedindo a suspensão cautelar da contratação da consultoria por reincidência nas irregularidades cometidas no RDC 16/2018, uma vez que as circunstâncias que cercaram a presente

1 Disponível em: < <https://www.mckinsey.com.br/>>. Acesso em: 5/11/2020.

contratação da empresa Mckinsey guardariam similaridade com o que foi verificado anteriormente (peça 47). Ato contínuo, Vossa Excelência adotou medida cautelar sem oitiva prévia em 17/9/2020, referendada pelo Acórdão 2.699/2020-TCU-Plenário (peça 60), determinando à Valec que não assine o contrato até que o Tribunal delibere a respeito. Ainda, na mesma decisão, foi determinado à estatal, em sede de oitiva, manifestar-se sobre os seguintes aspectos (peça 51, p.8):

- “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.”*

A SeinfraPortoFerrovia, ao final, analisou a resposta da oitiva da Valec e propôs, no mérito, a nulidade da contratação direta da empresa de consultoria com suporte nas seguintes conclusões (peça 63, p.12):

“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, eventual resultado da consultoria se torna infrutífero diante da ausência de poder decisório da Valec no Projeto Nova Transnordestina.

68. No que se refere à 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 salvaguardam 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.”

Encerrada a fase de instrução, Vossa Excelência encaminhou o presente processo para manifestação do Ministério Público de Contas (peça 67). Ato contínuo à distribuição do presente processo para este membro do MP de Contas, a assessoria da estatal solicitou a realização de reunião virtual. Com isso, o Diretor-Presidente e dirigentes das áreas de negócio foram ouvidos por videoconferência em 3/11/2020, oportunidade em que prestaram esclarecimentos e juntaram memoriais ao processo com a pretensão de justificar os motivos que levaram a nova diretoria da Valec, empossada em abril de 2020, a promover a contratação direta da McKinsey & Company Inc. do Brasil Consultoria Ltda. por inexigibilidade de licitação (peça 68).

II

Com as devidas vênia, o Ministério Público de Contas discorda da proposta de encaminhamento feita pela SeinfraPortoFerrovia, que propõe anular a nova contratação de consultoria pela Valec, por entender que se trata de objeto distinto da contratação anterior e que a presente contratação direta da consultoria técnica encontra respaldo no art. 30, inciso II, alínea “c”, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais). Dessa forma, o MP de Contas traz considerações adicionais com vistas a contribuir para o deslinde jurídico da questão.

Inicialmente, convém registrar que o valor da contratação não foi objeto de questionamento pela unidade técnica do TCU, sendo o foco da controvérsia as seguintes questões: (1) similitude do objeto com a contratação anterior, (2) possibilidade de utilização de quadro próprio da estatal, (3) possibilidade de realização de certame competitivo, e (4) ausência de manifestação jurídica no processo administrativo.

A ausência de manifestação jurídica foi dirimida pela Valec (peça 58) e reconhecida pela unidade técnica do TCU (peça 63, p.4), não sendo, portanto, objeto de controvérsia.

OBJETO DA CONTRATAÇÃO ATUAL DIVERSO DO OBJETO DO RDC 16/2018 (ANULADO PELA VALEC POR DETERMINAÇÃO DO TCU)

A SeinfraPortoFerrovia elaborou uma tabela de modo a permitir a comparação do escopo dos serviços de consultoria em ambos processos de contratação (peça 63, p.6):

Tabela I: Descrição de serviços nos processos de contratação

Processo Administrativo 51402.100477/2020-54	RDC 16/2018
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;	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 subsídio à equipe dos estudos de viabilidade técnica econômica e financeira; 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,
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;	
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.	
Bloco 4 - Análise Regulatória/Societária: Mapeamento dos imbrólios 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;	
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.	

	<i>Análise de Riscos).</i>
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).	<i>Sem correspondência explícita</i>
Bloco 7 - Suporte ao Processo Negocial: apoiar a Valec nos desdobramentos da fase negocial junto ao acionista majoritário e demais acionistas minoritários.	<i>Sem correspondência explícita</i>

Da supracitada comparação, verifica-se que há um maior detalhamento do objeto da consultoria no processo de contratação da McKinsey, ou seja, enquanto o RDC 16/2018 previa a elaboração de diagnósticos e estudos de viabilidade com escopo aberto (objeto difuso) e prazo para prestação de serviços de 18 meses (peça 6, p.1), a contratação direta objeto do presente questionamento possui escopo fechado e prazo de 6 meses (peça 46, p.320-323).

Outro elemento que distingue as contratações é o tamanho do objeto. Enquanto o RDC 16/2018 previa um dispêndio aproximado de R\$ 10 milhões (peça 5, p.1), a atual contratação da Valec pretende gastar R\$ 4,4 milhões (peça 46, p.352-353).

INEXIGIBILIDADE NA LEI DAS ESTATAIS, IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE QUADRO PRÓPRIO E INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO

A inexigibilidade e a notória especialização estão disciplinadas pelo art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, porém a contratação direta, que fundamenta juridicamente a nova contratação, advém do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, disposto na Lei 13.303/2016 e aplicável à Valec, Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (empresa pública), que assim dispõe sobre a contratação direta:

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;*
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.

§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;

III - justificativa do preço.

Sendo, portanto, a notória especialização o requisito fundamental para justificar a inexigibilidade da licitação, o MP de Contas considera aceitável a comprovação feita pela Valec para a contratação da consultoria McKinsey & Company Inc. do Brasil Consultoria Ltda. conforme demonstrado na Nota Técnica Conjunta n. 1/2020/SUGOP-VALEC/DINEG-VALEC (peça 46, p.308):

- 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.*

Além disso, o Ministério Público de Contas cita, como precedentes de contratação direta com fundamento na Lei 13.303/2016, o Acórdão 2.436/2019-TCU-Plenário, Ministra Relatora Ana Arraes (TC 000.536/2018-0), e o Acórdão 2.993/2018-Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas (TC 031.814/2016-6). Nesse último caso, o Tribunal autorizou a contratação direta por inexigibilidade da consultoria técnica Accenture do Brasil Ltda. para a reestruturação de negócios e estratégias da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) com base nos seguintes argumentos transcritos do Voto do Relator:

“Não estou aqui a afirmar que todas as contratações de serviço de consultoria possuem o traço distintivo da inviabilidade de competição. Pelo contrário. No meu entender, há consultorias cujos objetos são “mais comuns” (ou “menos singulares”) e cuja notória especialização do contratado é passível de ser mensurada mediante critérios estritamente objetivos (tais como escolaridade, área de graduação, experiência profissional), suficientes para atender o interesse público almejado. Nessa linha, veja-se, por exemplo, a contratação de serviços técnicos de consultoria para a implementação dos projetos de cooperação técnica internacional descrita no Decreto 5.151/2004, cuja seleção é capaz de ser conduzida pelos procedimentos inerentes ao processo de licitação.

Entretanto, há consultorias em que certo grau de subjetividade (e discricionariedade) é inevitável. Neste ponto, não posso deixar de mencionar o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Penal 348-5/SC, apreciada em 15/12/2006 e assim ementada:

“Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. ‘Serviços técnicos profissionais especializados’ são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’ (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.”

Em sintonia com a Suprema Corte, o Min. Benjamin Zymler relatou o Acórdão 7.840/2013-TCU-Primeira Câmara, que serviu de base para uma série de outros julgados deste Tribunal, a exemplo do Acórdão 1585/2016-TCU-Plenário (relatado pelo Min. Walton Alencar Rodrigues) e do precitado Acórdão 10.940/2018-TCU-Primeira Câmara.

No voto que fundamentou aquele decisum, o relator reiterou que o conceito de singularidade não está vinculado à ideia de unicidade, pois não é exigível, para fins de

subsunção ao art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, que um serviço que possa ser prestado exclusivamente por uma única pessoa.

Além disso, restou consignado, também, que a singularidade pressupõe complexidade e especificidade, devendo ser compreendida como uma situação diferenciada e sofisticada que exige grande nível de segurança, restrição e cuidado.

No presente caso, parece-me inegável que os serviços colocados sob a responsabilidade das empresas de consultoria eram estratégicos e de grande relevância. De fato, as contratações realizadas relacionam-se com a própria sobrevivência da entidade contratante, delineando a natureza singular do objeto. Nessa conformidade, considero que os serviços também podem ser caracterizados como singulares pela relevância do interesse público em jogo. Por conseguinte, no caso concreto sob exame, entendo ter ficado devidamente justificada a natureza singular das atividades a serem realizadas pelas consultorias contratadas.

Demais disso, a singularidade do objeto não foi suficientemente descaracterizada pela unidade instrutora sob o argumento de que a ECT não teria demonstrado que “outras consultorias atuantes no mercado não pudessem executá-los tão bem quanto a consultoria efetivamente contratada”, pois, como frisado, o conceito de singularidade não está vinculado à ideia de unicidade.

Acerca da notória especialização, restou demonstrado pela ECT que as contratadas detinham vasta experiência no ramo de atuação desejado. A existência de estudos, atuações pretéritas, publicações e equipe técnica qualificada foi, igualmente, evidenciada. Logo, não me parece duvidosa a designação de notória especialização atribuída pela ECT às contratadas.

Nesses casos – e com base nos retromencionados julgados –, entendo que a singularidade do objeto, aliada à respeitabilidade das empresas e à confiança da entidade contratante, justificam a inexigibilidade.”(grifou-se)

Desta forma, se a inexigibilidade de licitação no supracitado caso da consultoria Accenture caso foi considerada regular pelo Tribunal, não é razoável ter por ilegal a contratação tratada neste feito.

Especificamente sobre a utilização de quadro próprio da Valec para a prestação dos serviços, o MP de Contas considera satisfatória a justificativa da Valec, feita em memorial apresentado na peça 68, p.6-7:

“Ressalta-se que por se tratar de matéria pouco usual no dia a dia das atividades recorrentes desta estatal, já que se resume a uma ação extraordinária, específica e eventual, voltada a busca de resolutividade de imbróglio envolvendo múltiplas faces técnicas, a Valec não possui a expertise requisitada e necessária para enfrentamento deste perfil de trabalho, mesmo com a criação de nova estrutura organizacional voltada à gestão das participações societárias da Valec.

Não obstante a Valec deter quadro de empregados abrangendo múltiplas expertises, o perfil técnico exigido para trabalhos desta natureza exige vivência em situações muito específicas de reestruturação de negócios e de empresas, que abarcam uma série de atividades interligadas, devendo ocorrer de forma organizada e harmônica, a exemplo de negociação e reperfilamento de dívidas, ajustes em Acordos de Acionistas e de Investimentos, avaliação de cenários do empreendimento, adequações junto à agência reguladora, entre outros, a fim de se buscar soluções possíveis para esta problemática. Diante disso, resta evidenciado que não há como se comparar as contratações

analisadas, seja porque as motivações não se assemelham, seja porque os produtos, mesmo naquelas que possam se ter “aparente semelhança” de nomenclatura, são diversos para os fins que se destinam.”

Por fim, a unidade técnica do TCU alega reincidência da Valec ao infringir o disposto na alínea “c” do Acórdão 1.308/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas:

“c) determinar à Valec que, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, 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;”

O Ministério Público de Contas considera satisfatória a justificativa da estatal demonstrada no processo administrativo (peça 46), nas notas técnicas (peças 57 e 68) e no parecer jurídico (peça 58). Com isso, não considera infringido o disposto na alínea “c” do Acórdão 1.308/2018-TCU-Plenário.

Ante o exposto, o MP de Contas não verifica a necessidade de o TCU interferir na pretensão da Valec de contratar a empresa McKinsey & Company Inc. do Brasil Consultoria Ltda., no âmbito do processo administrativo 51402.100477/2020-5, para realizar consultoria técnica para reestruturação interna da Valec, com foco na participação societária na Nova Transnordestina, por ser objeto substancialmente distinto do RDC 16/2018, e, sendo assim, diverge da proposta de encaminhamento alvitada pela unidade técnica do TCU de anular a presente contratação.

Desse modo, não havendo questionamentos quanto ao preço da contratação nem histórico de abuso por parte da estatal da hipótese legal prevista no art. 30, inciso II, alínea “c”, da Lei 13.303/2016, o MP de Contas não enxerga óbice para o avanço da contratação em referência.

III

Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público de Contas da União contrário à proposta de mérito feita pela SeinfraPortoFerrovia, e propõe ao Tribunal proposta de encaminhamento no sentido de:

a) revogar a medida cautelar determinada pelo subitem 9.1 do Acórdão n. 2.699/2020 – TCU – Plenário, em virtude da contratação da consultoria técnica estar amparada na hipótese legal prevista no art. 30, inciso II, alínea “c”, §§1 e 3, da Lei 13.303/2016;

b) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida para a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e para os interessados, destacando que o inteiro teor da deliberação, incluindo relatório e voto, pode ser consultado no endereço www.tcu.gov.br/acordaos.

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

É o Relatório.