

VOTO

Cuidam os autos de relatório de auditoria realizada no âmbito do Fiscobras 2011, nas obras de Construção do Contorno Ferroviário de Três Lagoas/MS, que possui 12,37 km de extensão, com aporte de recursos federais por meio do Convênio 137/2008, celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e o Governo do Estado do Mato Grosso do Sul/MS, no valor de R\$ 37.468.019,15.

2. A Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos de Mato Grosso do Sul (Agesul) e o Consórcio CMT/Egesa firmaram o Contrato 181/2010 para a execução do referido objeto, no valor de R\$ 32.628.430,25.

3. As irregularidades identificadas na fiscalização foram: superestimativa de quantitativos na planilha orçamentária, no valor de R\$ 1.307.567,27; projeto executivo deficiente, com previsão de utilização de jazida de brita comercial em detrimento de brita explorada, com prejuízo potencial de R\$ 1.032.178,03; e restrição à competitividade da licitação, caracterizada pelos seguintes aspectos:

- 3.1. falta de clareza no aviso da licitação;
- 3.2. indisponibilidade dos elementos que compõe o projeto básico para os licitantes;
- 3.3. cobrança de valor elevado para aquisição do edital (R\$ 500,00);
- 3.4. exigência de atestado de visita ao local das obras, a ser realizada exclusivamente por responsável técnico pertencente ao quadro permanente das empresas licitantes, reunindo os potenciais interessados em duas datas distintas para realização de visitas coletivas;
- 3.5. qualificação técnica abusiva na demonstração de implantação ferroviária, correspondendo à exigência de atestados técnicos com quantitativos equivalentes a 100% dos previstos na execução contratual; e
- 3.6. exigência de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul.

4. Por meio de despacho, o então Ministro Relator Augusto Nardes autorizou a oitiva do Dnit, da Agesul e do Consórcio CMT/Egesa acerca dos indícios de irregularidades de quantitativos inadequados na planilha orçamentária e de projeto executivo deficiente, bem como determinou a audiência do Coordenador de Licitações e do Procurador Jurídico da Agesul, em razão da potencial restrição à competitividade do certame licitatório.

5. A SecobHidro promoveu a análise das oitivas e das audiências acima elencadas, propondo, em síntese, rejeitar as razões de justificativas apresentadas, aplicar multa aos responsáveis, determinar à Agesul a supressão contratual dos quantitativos superestimados e a realização de estudos complementares relativos a jazidas de brita (peça 92).

6. Por meio do Acórdão 1.150/2014-Plenário, este Tribunal determinou a realização de novas audiências dos responsáveis pela aprovação dos projetos deficientes licitados e determinou à Agesul e ao Dnit a supressão das superestimativas evidenciadas no convênio e no contrato celebrados para as obras em questão. As audiências realizadas anteriormente, relativas à restrição à competição da licitação, embora já houvessem sido analisadas no mérito pela SecobHidro, deixaram de ser apreciadas pelo Plenário na ocasião, para serem avaliadas em conjunto com as audiências complementares determinadas.

7. Na presente fase processual, a unidade técnica analisou as audiências complementares e monitorou as determinações proferidas por meio do acórdão supra, propondo: considerar cumpridas as

determinações do Acórdão 1.150/2014-Plenário; acolher as razões de justificativa do Sr. Edson Giroto, então Diretor-Presidente da Agesul; acolher parcialmente as razões de justificativa do Sr. Rômulo do Carmo Ferreira Neto, então Diretor de Infraestrutura Ferroviária do Dnit; rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelos Srs. Luiz Cândido Escobar, então Coordenador de Licitação de Obras da Agesul, e Wilson César Parpinelli, então Parecerista Jurídico da Agesul, aplicando-lhes a multa prevista no artigo 58 da LOTCU.

II

8. Os exames empreendidos pela unidade técnica quanto ao cumprimento das determinações chegaram a conclusões adequadas, visto que o Dnit e a Agesul promoveram aditivos suprimindo o montante de R\$ 977.134,71 do contrato, motivo pelo qual cumpre adotá-los como razões de decidir, além das considerações adicionais que realizo a seguir.

9. Em relação à audiência do Sr. Edson Giroto, ex-Diretor-Presidente da Agesul, entendo que a unidade técnica bem demonstrou que o mero encaminhamento dos projetos para análise do Dnit não deve ser motivo para a sua responsabilização, já que não seria razoável exigir do dirigente máximo da entidade que identificasse as irregularidades constatadas no âmbito da auditoria, motivo pelo qual as razões apresentadas devem ser acolhidas.

10. No que tange à audiência do Sr. Rômulo do Carmo Ferreira Neto, responsável do Dnit pela aprovação dos projetos deficientes, divirjo da unidade técnica apenas em relação à proposta de acolher as razões de justificativa do responsável quanto à ausência de estudos de jazidas não comerciais de brita.

11. Pondera a unidade instrutiva pelo acolhimento de sua manifestação de defesa *“por ter se entendido que circunstâncias das obras sugerem que, de fato, ainda que não demonstrado em uma análise de custos e risco adequada, o risco e os custos do atraso das obras, bem como os custos da Agesul e das agências ambiental e mineração podem, eventualmente, justificar a adoção de jazida comercial, ainda que resultando em um maior preço da obra”*. Todavia, ressalto que o ponto fulcral da questão não é a economicidade ou não da solução adotada (jazida comercial), e sim a aprovação do projeto básico sem os estudos técnicos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra objeto da licitação, e a sua adequada orçamentação, contrariando, assim, a Lei de Licitações.

12. Ao aprovar projetos sem estudos de jazidas, entendo que o gestor cometeu ilegalidade e assumiu riscos demasiados para a administração, o que inclusive foi confirmado pelos estudos superficiais realizados posteriormente, não tendo este Tribunal determinado medida corretiva em virtude de, à época, a obra em questão estar *“com a infraestrutura pronta e a próxima etapa construtiva seria a execução do lastro de brita”*, conforme voto condutor do Acórdão 1.150/2014-Plenário.

13. A despeito disso, entendo que o responsável não deva ser sancionado com multa, considerando que não estão evidenciados nos autos quaisquer indícios de prejuízo ao erário relacionadas a tal ocorrência. Também não caberia ao Diretor de Infraestrutura Ferroviária do Dnit a revisão minuciosa do projeto, pois além de infringir sua função estatutária, inviabilizaria o cumprimento de suas atividades. Posicionamento análogo, em relação ao corpo diretivo do Dnit, foi adotado no Acórdão 2.925/2010-TCU-Plenário, mediante as razões elencadas no voto condutor do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

"A responsabilidade pelos defeitos do projeto executivo foi imputada a [omissis], então coordenador-geral de Desenvolvimento e Projetos do DNIT, que o aprovou.

(...)

Não é razoável exigir que o coordenador-geral se ocupe pessoalmente da minuciosa revisão do projeto, para identificar possíveis defeitos, sob pena de inviabilizar suas atividades de supervisão e controle. A aprovação do projeto assentou-se na análise técnica dos engenheiros do DNIT, que revisaram todos os elementos da peça técnica. Nesse cenário, somente responde o gestor pela aprovação de projeto que sabe ou deveria saber defeituoso, ou que contenha erro grosseiro, de fácil percepção. No caso concreto, não demonstram os autos que o dirigente sabia ou tinha condições de saber das falhas do projeto, de pequena relevância, no momento de sua aprovação.

Além disso, não se pode afastar, por completo, a hipótese de tais alterações terem sido determinadas pela modificação do ambiente físico da rodovia, nos três anos que separaram a aprovação do projeto e o início da obra. Assim, não há como responsabilizar o então coordenador-geral pelas falhas de pequena relevância e materialidade do projeto executivo."

14. Quanto à duplicidade de atividades auxiliares no serviço de sublastro e na terraplanagem, bem como em relação à superestimativa de soldas aluminotérmicas, alinho-me ao entendimento esposado pela Secob Hidroferrovia.

III

15. Em relação à audiência dos Srs. Luiz Cândido Escobar (Coordenador de Licitações de Obras da Agesul) e Wilson César Parpinelli (Parecerista Jurídico da Agesul), analisadas pela unidade técnica em instrução anterior (peça 92), relativas à restrição à competitividade do certame, desde logo manifesto entendimento de que as suas razões de justificativa devem ser rejeitadas, anuindo com a análise procedida pela Secretária de Fiscalização de Obras Portuárias, Hídricas e Ferroviárias.

16. No que diz respeito à falta de clareza da publicação, os responsáveis aduzem que o art. 21 da Lei de Licitações obriga o órgão licitante a apresentar apenas o resumo do edital e que o dispositivo não especifica quais elementos devem compor o resumo. Afirmam ainda que os avisos lançados pela Agesul contêm a modalidade da licitação, o tipo de licitação, o núcleo do objeto e a indicação do local, data e horário da sessão de julgamento das propostas.

17. Por sua vez, a Secob Hidroferrovia propugna que o aviso de edital não contém informação sobre o endereço eletrônico em que o edital pode ser obtido e nem o valor global estimado do objeto licitado. Também não informa aos interessados sobre o custo de aquisição do edital (R\$ 500,00).

18. Nesse ponto, considero que o ato convocatório da licitação estava redigido com a clareza e a precisão necessárias, sem contradições ou inconsistências. As supostas informações faltantes não criaram óbices intransponíveis aos interessados em participar do certame.

19. Embora considere desejável que o aviso de licitação contenha as informações consideradas essenciais pela unidade técnica, observo que há precedente desta corte, no caso o Acórdão 9.257/2011-1ª Câmara, em que o TCU considerou haver obrigatoriedade de constarem apenas as seguintes informações, conforme exigência dos referidos dispositivos legais:

Informação	Matérias	Fundamento Legal
Nº do processo	Extrato de contrato, dispensa e inexigibilidade. Aviso de licitação.	Lei Complementar nº 101/2001, art. 48-A, I
Objeto	Extrato de contrato, dispensa e inexigibilidade. Aviso de licitação.	Lei Complementar nº 101/2001, art. 48-A, I
Contratado (Nome e CNPJ/CPF)	Extrato de contrato, dispensa e inexigibilidade.	Lei Complementar nº 101/2001, art. 48-A, I
Valor	Extrato de contrato, dispensa e inexigibilidade	Lei Complementar nº 101/2001, art. 48, parágrafo único c/c art. 48-A, I
Procedimento licitatório realizado	Extrato de contrato	Lei Complementar nº 101/2001, art. 48-A, I
Fundamento legal	Extrato de dispensa e inexigibilidade	Lei nº 8.666/93, art. 26
Autoridade autorizadora	Extrato de dispensa e inexigibilidade	Lei nº 8.666/93, art. 26
Autoridade ratificadora	Extrato de dispensa e inexigibilidade	Lei nº 8.666/93, art. 26
Local de disponibilização do edital	Avisos de licitação	Lei nº 8.666/93, art. 21, § 1º

20. Sobre o valor de R\$ 500,00 cobrado para aquisição do edital, entendo que o art. 32, § 5º, da Lei 8.666/93 é taxativo no sentido de que a administração pode cobrar valor referente apenas ao custo efetivo da reprodução gráfica da documentação fornecida. Outras rubricas inseridas no custo de ressarcimento cobrado do licitante, conforme alegado pelos responsáveis, são ilegais.

21. Contudo, no caso em concreto, em que o objeto correspondia à obra orçada em mais R\$ 30 milhões, a imposição de tal taxa não afastou os potenciais interessados, conforme demonstra a ata de abertura da sessão à fl. 1, peça 29 - dezoito empresas adquiriram o edital.

22. No que tange à ausência de menção no edital acerca da existência de anexos com planilha orçamentária e cronograma, o que poderia dificultar, ou mesmo impedir o acesso dos potenciais interessados a tais informações, observo que não há evidências de que os licitantes não tenham recebido os referidos documentos, motivo pelo qual entendo ser suficiente recomendar à Agesul que, nos futuros editais que contemplem a utilização de recursos públicos federais, faça constar informação indicativa do conteúdo de cada um dos respectivos anexos, bem como publique os editais no endereço eletrônico da entidade.

23. Quanto à exigência de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela Agesul aos licitantes, apesar de não aparentar restrição à competitividade, entendo ser prudente recomendar à Agesul que faculte aos interessados, nos futuros certames com recursos públicos federais, a apresentação de propostas com arquivos gerados em programas diversos, sem prejuízo do fornecimento do programa específico da Agesul, atribuindo-lhe uso apenas preferencial.

24. Quanto ao quantitativo de serviços a serem comprovados por atestados técnicos, ficou demonstrado que o novo aviso de licitação reduziu para 50% a exigência de atestado em relação ao total de serviços previstos no contrato (peça 61, p.29). Com isso, ficou justificado o cumprimento da lei nesse quesito.

25. No que tange à exigência de atestado de visita ao local da obra por profissional do quadro permanente da licitante, emitido em visita realizada em duas datas pré-definidas, destaco que concordo integralmente com a análise da unidade técnica, no sentido de que a jurisprudência deste Tribunal estabelece que a vistoria ao local das obras somente deve ser exigida quando imprescindível, bem como o edital de licitação deve prever a possibilidade de substituição de tal atestado por declaração do responsável técnico de que possui pleno conhecimento do objeto.

26. Aduzo que a exigência de visita técnica é legítima, quando imprescindível ao cumprimento adequado das obrigações contratuais, o que deve ser justificado e demonstrado pela administração no processo de licitação. No caso em exame, julgo que a realização de visita técnica pouco contribui para o conhecimento do objeto, pois não seria possível aos interessados realizar exame minucioso dos 12,37 km do traçado da linha férrea a ser construída, levantando todas as eventuais interferências existentes. Ademais, trata-se de obra realizada em campo aberto, não havendo nenhuma restrição ao acesso ou necessidade de presença da Administração para que os potenciais interessados inspecionem o seu sítio e realizem os levantamentos que entenderem pertinentes.

27. A exigência de que a visita deveria ser realizada, necessariamente, por engenheiro do quadro permanente das licitantes é outro procedimento que infringe a jurisprudência deste Tribunal, a qual aponta no sentido de que a vistoria, quando exigida, não deve sofrer condicionantes, por parte da Administração, que resultem em ônus desnecessário às licitantes e importem restrição injustificada à competitividade do certame, podendo ser realizada por qualquer preposto das licitantes, a fim de ampliar a competitividade do procedimento licitatório. Nesse sentido, elenco os Acórdãos 800/2008-Plenário, 874/2007-2ª Câmara, 2.477/2009-Plenário, 2.028/2006-1ª Câmara, 1.733/2010-Plenário e 3.373/2013-Plenário.

28. Considero possível, nos casos em que a exigência de vistoria técnica se mostrar necessária, que os licitantes contratem um técnico ou outro profissional para esse fim específico, que posteriormente passaria as informações necessárias ao responsável pela execução do contrato, caso a empresa se sagrasse vencedora. Nesse sentido, o voto condutor do Acórdão nº 785/2012-Plenário afirma: "em tese, não há óbices para que a visita técnica seja feita por profissional terceirizado pela empresa, sendo razoável, somente, exigir que o mesmo possua conhecimento técnico suficiente para tal incumbência".

29. Assim, as condições de realização dessa visita devem ser ponderadas e avaliadas de modo a evitar a restrição indevida ao caráter competitivo do certame, em atendimento ao art. 3º, *caput*, e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

30. As visitas ao local de execução da obra devem ser prioritariamente compreendidas como um direito subjetivo da empresa licitante, e não como uma obrigação imposta pela Administração. Essa é a melhor interpretação do art. 30, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos. Tais visitas devem ser facultadas aos participantes do certame, pois têm por objetivo servir de subsídio à elaboração da proposta de preços e dirimir eventuais dúvidas acerca dos projetos e demais elementos que compõem o edital. Deixando de permitir o acesso dos licitantes ao local da obra, estará a Administração se expondo a pleitos futuros dos contratados, durante a execução de uma obra ou da prestação de um serviço, a respeito da insuficiência de informações nos projetos.

31. Reputo ser particularmente preocupante a previsão editalícia de realização de visitas coletivas, exigência contrária aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, na medida em que permite tanto ao gestor público ter prévio conhecimento das licitantes quanto às próprias empresas terem ciência do universo de concorrentes, criando condições propícias para a colusão.

32. No caso em tela, o contexto em que foi exigida a visita técnica acarretou ônus excessivo aos interessados, restringindo o caráter competitivo do certame. Ata de julgamento da licitação (peça 29, p.2) relata que apenas dois consórcios compareceram na sessão pública de abertura das propostas, sendo que uma das propostas foi desclassificada. A única licitante restante apresentou proposta de preço com apenas 2% de desconto em relação ao orçamento base da licitação, sendo declarada vencedora do certame (peça 29, p.47).

34. Concorde com a unidade técnica ao responsabilizar o parecerista jurídico, Sr. Wilson César Parpinelli, pelas graves irregularidades contidas no edital de licitação por ele aprovado. Nesse caso, a manifestação do parecerista jurídico não foi meramente opinativa, foi vinculante por ter sido emitida no exercício da atribuição prevista no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93 (aprovação de minuta de edital). Ou seja, tratava-se de consulta obrigatória, e o parecer do consultor motivou o ato administrativo, passando a fazer parte dele. Esse é o entendimento externado pelo STF nos MS 24631 e 24854.

35. Devido à reprovabilidade da conduta dos responsáveis e pelo caráter restritivo do certame, considero que deva ser aplicada a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 aos Srs. Luiz Cândido Escobar e Wilson César Parpinelli, fixando o seu valor em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos gestores.

36. Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de fevereiro de 2015.

BENJAMIN ZYMLER
Relator