

VOTO

Trata-se de fiscalização nas obras de dragagem do Porto de Rio Grande/RS, sob responsabilidade da então Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR (atual Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil), realizadas no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária – PND II.

2. Uma vez que os serviços não haviam sido iniciados, a auditoria centrou-se na análise do edital RDC eletrônico SEP/PR 6/2014, cujo objeto é a contratação de empresa ou consórcio de empresas para elaboração dos projetos básico e executivo de dragagem, sinalização, balizamento e execução das correspondentes obras. O custo para contratação foi estimado em R\$ 376 milhões.

3. Dentre as questões de auditoria estabelecidas para o trabalho, destacam-se a avaliação da regularidade do procedimento licitatório e do orçamento base do empreendimento. O único achado consignado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidroferrovia) refere-se a inconsistência nas composições de custos unitários dos serviços, o que provocou um incremento indevido de R\$ 7,6 milhões no valor global do empreendimento. Tal falha foi prontamente corrigida pela SEP/PR.

4. Entretanto, ao proceder a uma análise preliminar da documentação da licitação, observei alguns indícios de impropriedades sobre os quais a unidade técnica não havia se manifestado. Por meio de despacho, determinei a restituição dos autos à SeinfraHidroferrovia para que discorresse sobre os aludidos indícios.

5. A nova instrução apresentada, cuja parcela essencial foi transcrita no relatório precedente, esclareceu que a republicação do edital corrigiu algumas das supostas impropriedades, como a indefinição de o orçamento ser com ou sem desoneração fiscal e a prerrogativa da contratada de definir os marcos contratuais utilizados para fins de medições e pagamentos.

6. Outra presumida falha do edital foi a incoerência do documento ao mencionar, em seu item 15.4.7, critérios a serem observados em relação aos quantitativos exigidos nos atestados técnicos profissionais, quando o quadro que contém essa exigência não mencionava nenhum quantitativo.

7. Quanto a esse ponto, a unidade técnica afirmou que a não definição de quantitativos mínimos estava em consonância com o disposto no art. 30, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993. O cerne da questão, contudo, era a incoerência do texto editalício, e não a legalidade da opção adotada pela SEP. Registre-se, por oportuno, que este Tribunal tem entendido que, em situações devidamente justificadas, podem ser exigidos quantitativos mínimos também para atestados de capacidade técnico-profissional (acórdãos 2.939/2010, 3.390/2011, 1.214/2013 e 3.070/2013, todos do Plenário).

8. Trata-se, no entanto, tão somente de uma inconsistência que poderia gerar dúvidas nos licitantes, por poderem presumir a possibilidade de menção a esses quantitativos em outro capítulo do edital. Como a licitação já foi concluída, não há medida a ser adotada por esta Corte.

9. A exigência de tempo mínimo de experiência contida no item 15.4.7.1.1 do instrumento convocatório, o que, em princípio, ofenderia jurisprudência do TCU (acórdãos 600/2011, 727/2012 e 2.390/2012, todos do Plenário), foi outra provável falha apontada.

10. No entender na SeinfraHidroferrovia – que esclareceu ter questionado essa cláusula junto à SEP/PR em fiscalização de obra semelhante –, a exigência mostrou-se razoável em razão da natureza da obra e da materialidade dos recursos estimados para sua execução.

11. Percebo, contudo, que a condição estabelecida no mencionado item do edital é de que o engenheiro cujos atestados serão apresentados “tenha tempo de formação igual ou maior a 08 (oito) anos,

completados até a data da licitação, e tenha exercido a função de responsável técnico, e/ou de Coordenador-Geral”, o que não assegura a experiência requerida.

12. Ora, imagine-se um engenheiro com dez anos de formado e, no entanto, apenas um ano de experiência em obra de complexidade semelhante à licitada. A condição do edital estaria satisfeita, mas tal profissional certamente não atenderia à melhor qualificação desejada pela SEP/PR. Por isso, não se vislumbra, em princípio, qualquer benefício da exigência para o interesse público.

13. Trata-se, portanto, de exigência irregular, uma vez que toda cláusula que potencialmente restringe a participação de eventuais interessados no certame deve ser justificável, de modo a não ferir o disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que só admite “... exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

14. Outro aspecto que chama a atenção nos autos é o vultoso valor previsto para mobilização e desmobilização de equipamentos, cuja estimativa superou o montante de R\$ 50 milhões (peça 18, fl. 16). Trata-se de particularidade merecedora de acurada análise.

15. Mesmo na versão original do edital, em que o valor estimado da contratação era de R\$ 252 milhões, a parcela referente a mobilização e desmobilização correspondia a R\$ 47 milhões, ou seja, quase 20% do valor previsto para a contratação (peça 14, fl. 49).

16. Ao se pesquisar a origem de tão expressiva quantia, verifica-se que o período de deslocamento de duas dragas AT respondeu por sua quase totalidade. Foram considerados 26 dias para mobilização e 24 dias para desmobilização, e o custo foi estimado pela proporção desses prazos (86,7% e 80%, respectivamente) em relação ao custo operacional mensal da draga (peça 15, fl. 31).

17. O custo operacional mensal, por sua vez, foi estimado em R\$ 10,9 milhões (peça 15, fl. 8), aí incluída a mão de obra composta pela tripulação e pela denominada mão de obra administrativa. A consulta à composição de custos dessa mão de obra administrativa (peça 15, fl. 4) evidencia que ela é composta por engenheiro, encarregado administrativo, motorista e sondador.

18. Ora, qual a razão de o contratante pagar por essa mão de obra, quando a draga está se deslocando? Que sentido haveria em o contratante arcar com despesas tais como a de um motorista, quando a draga está retornando para seu porto de origem, após a conclusão dos serviços contratados? Isso, para citar apenas um exemplo, pois mesmo a disponibilização de toda a tripulação quando do deslocamento é questionável.

19. Trata-se, evidentemente, de inconsistência inadmissível no orçamento base de uma obra de centenas de milhões de reais, detectada numa análise preliminar e superficial realizada em meu gabinete, o que põe em dúvida a confiabilidade do preço base adotado na licitação.

20. Na verdade, considero discutível até mesmo o pagamento da própria desmobilização dos equipamentos. Não me parece crível que um empresário despenda R\$ 20 milhões apenas para devolver ao porto de origem – a quase 14.000 km de distância (peça 15, fl. 31) – duas dragas, em vez de mantê-las no local do trabalho realizado até que sejam necessárias em um novo serviço. Ressalte-se que se está a tratar de um equipamento cujo preço, novo, alcança R\$ 250 milhões (peça 15, fl. 8), ou seja, certamente não é um bem que permaneça ocioso por longos períodos.

21. Destaco, por oportuno, que apenas duas interessadas participaram do certame e que a vencedora ofertou desconto de singelos 2% sobre o preço base (peça 19), o que mostra o risco de que tenha havido uma contratação lesiva ao erário.

22. É fundamental, portanto, que seja realizada uma criteriosa análise do orçamento base da SEP, especialmente porque os mesmos critérios provavelmente estão sendo adotados em outras licitações no âmbito do PND II, cujos investimentos totais estão estimados em quase R\$ 4 bilhões.

23. O último ponto indicado no já mencionado despacho diz respeito à falta da justificativa exigida pela Lei 12.462/2011 para adoção do regime de contratação integrada, bem como à inexistência do critério objetivo de julgamento a que se refere o § 3º do art. 9º da mesma lei.
24. O despacho determinou que a questão fosse analisada “... à luz do disposto nos votos condutores dos acórdãos 1.399/2014, 2.661/2014 e 3.569/2014, todos do Plenário”.
25. Em breves palavras, as deliberações mencionadas trazem o entendimento de que, além de justificativa técnica e econômica, é necessário o enquadramento do objeto da licitação em uma das condições elencadas no art. 9º da Lei 12.462/2011. Quando a condição atendida é a possibilidade de utilização de diferentes metodologias na execução da obra, estas devem se referir a aspectos de ordem maior de grandeza e de qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre as propostas a envolver diversas metodologias, de forma a propiciar ganhos reais para a Administração.
26. Professam a ideia de que o dispositivo legal não deve ser banalizado – sob pena de ofensa ao princípio de hermenêutica jurídica de que a lei não contém palavras inúteis –, uma vez que, em algum nível mínimo, praticamente toda obra permite a execução com métodos distintos. Por isso, justificativas genéricas quanto às vantagens da admissão de diferentes metodologias executivas, aplicáveis a qualquer empreendimento do mesmo tipo, devem ser refutadas.
27. A nova instrução da unidade técnica não se aprofundou na questão e nas ponderações presentes nos aludidos julgados. Após reapresentar argumentos dos gestores, acrescentou comentários que também pecam por serem genéricos, aplicáveis a quase qualquer obra de engenharia.
28. Anoto que o voto condutor do referido acórdão 3.569/2014 – Plenário também aborda a inobservância do disposto no § 3º do art. 9º da Lei 12.462/2011, impropriedade igualmente observada no caso em exame. Nesse ponto, a unidade especializada citou a SEP/PR ao afirmar que “a exigência de produtividade mínima dos equipamentos a serem utilizados na execução dos serviços, a que todos os licitantes deverão atender, permitiria a adoção do regime de contratação integrada, uma vez que ficaria afastado o disposto no parágrafo 3º do art. 9º da Lei 12.462/2011, pois a metodologia exata a ser utilizada pela licitante não influenciaria na avaliação e julgamento das propostas”. Assim, considerou-se afastada a aplicação de um dispositivo legal em cujo texto não há espaço para discricionariedade do gestor quanto à sua observância ou não.
29. Algumas afirmações complementares da SeinfraHidroferrovia, como “não se pode falar em vantagens específicas para a Administração com o uso de uma ou outra metodologia, tampouco existe uma metodologia específica mais vantajosa para a Administração”, ou “o mais vantajoso para a Administração é que ela seja contratada a valores de mercado e executada com qualidade, dentro dos prazos estabelecidos e sem prejudicar a operação portuária, o que torna irrelevante a discussão quanto à exata metodologia a ser utilizada” denotam que se está tratando das condições de meio às quais se referem o voto condutor do acórdão 3.569/2014 – Plenário e o próprio pronunciamento que restituiu os autos àquela unidade (peça 21, item 9). Conforme ali expresso, a mera admissão de diferentes metodologias que se enquadram como condições de meio não justifica a opção pelo regime de contratação integrada, porquanto podem ser admitidas também na empreitada por preço global.
30. Não se pode olvidar, é fato, que se está a tratar de matéria recentemente inserida no ordenamento jurídico pátrio. O regime diferenciado de contratações e, em especial, a contratação integrada, constituem inovações que vêm sendo aplicadas pela Administração Pública há poucos anos.
31. Os diversos entendimentos que orbitam esse novo tipo de contratação não estão, portanto, pacificados. Dúvidas e divergências são naturais e até mesmo desejáveis, porquanto provocam a discussão aprofundada da matéria e o aperfeiçoamento da jurisprudência a ela concernente.
32. Trata-se, por conseguinte, de assunto sobre o qual é relevante que este Tribunal se debruce e busque aprimorar seus entendimentos, de modo a servir de bússola segura a ser seguida pelos seus entes jurisdicionados.

33. Logo, em vista da relevância do tema em discussão, considere de elevada conveniência fossem os autos remetidos ao Ministério Público junto do TCU – MPTCU para que se manifestasse sobre as condições a serem observadas quando do enquadramento de contratações integradas no inciso II do art. 9º da Lei 12.462/2011, bem como sobre a obrigatoriedade de observância do § 3º do mesmo artigo.

34. O procurador-geral do MPTCU, em desvelada e aprofundada análise da questão, ofereceu parecer, cuja parcela essencial foi transcrita no relatório que antecedeu este voto, do qual podem ser extraídas preciosas lições.

35. A primeira delas é concernente à não adoção indiscriminada da contratação integrada – CI. Após citar Marçal Justen Filho, ao afirmar que “...nem mesmo a Petrobras se utiliza do modelo da contratação integrada como padrão usual de seus contratos com terceiros. A ponderação é relevante para evitar o equívoco de supor que a contratação integrada é uma solução universal, uma espécie de panaceia para as dificuldades enfrentadas pela Administração Pública brasileira.”, anotou:

“Extraio, das palavras do jurista, duas nuances importantes, as quais conjugo à minha forma de pensar. A primeira, de que a CI tem um espectro reduzido de utilização, reservada aos casos em que a concepção da solução pelo particular se apresenta mais vantajosa para a Administração. A segunda, de que a CI não é remédio para todos os males, entre os quais a ausência de projeto.”

36. Acrescentou estar sendo corriqueira a adoção da CI sem as adequadas justificativas, uma vez que:

“Tem-se verificado algumas relevantes impropriedades na utilização do instituto. A primeira delas diz respeito às necessárias justificativas técnica e econômica abordadas no *caput* do art. 9º da LRDC. De maneira resumida, as justificativas apresentadas têm se limitado ao campo da retórica, não apresentando explicitamente embasamento técnico que dê suporte à escolha, bem como cálculos que demonstrem, do ponto de vista econômico, a vantajosidade na adoção do modelo.” (grifos acrescidos)

37. Mais adiante, ilustrou entendimento consignado no voto condutor do acórdão 1.850/2015 – Plenário, de autoria do ministro Benjamin Zymler, que ratifica a necessidade de justificativas técnicas e econômicas objetivamente de finidas:

“A opção pelo regime de contratação integrada exige, nos termos do art. 9º da Lei 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações), que haja justificativa sob os prismas econômico e técnico. No econômico, a Administração deve demonstrar em termos monetários que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. No técnico, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público.” (grifos acrescidos)

38. Mencionou o procurador-geral do MPTCU, ainda, que as diferentes metodologias referidas no aludido art. 9º devem ser relevantes ante o escopo da obra, capazes de gerar vantagens mensuráveis para a Administração Pública que estejam cabalmente demonstradas, por meio de argumentos aplicáveis especificamente ao objeto que se pretende licitar, na justificativa de opção por aquele regime, conforme exposto no voto condutor do acórdão 3.569/2014 – Plenário.

39. Após registrar que, para contratação de obras ou serviços mais simples, ainda que possível o emprego de diferentes metodologias, a utilização da CI não apresenta vantajosidade, pois a quantificação dos riscos inerentes ao modelo transferidos ao particular será maior do que a valoração dos benefícios para a Administração Pública, o que leva à supremacia dos outros regimes preferenciais de execução – empreitada por preço global ou integral –, concluiu:

“Daí decorre que a opção pela CI passa necessariamente por uma valoração. Como condição essencial para seu emprego, o resultado deve mostrar cabalmente que a possibilidade de execução por meio de metodologias diferenciadas é relevante ao ponto de permitir que as vantagens auferidas pela Administração Pública, entre as quais aquelas citadas no art. 4º, incisos III e IV, sobrepujem a

quantificação das incertezas intrínsecas do modelo pelo particular. E essa avaliação está amalgamada às indispensáveis justificativas técnica e econômica insculpidas no art. 9º da LRDC. Caso não haja essa ligação entre as metodologias diferenciadas e as justificativas, torna-se prejudicada qualquer avaliação real do cabimento da CI.” (grifos acrescidos)

40. Já no que concerne à exigência contida no § 3º do art. 9º do RDC de que a admissão de metodologias diferenciadas de execução induz à necessidade de que sejam estabelecidos critérios objetivos de avaliação e julgamento das propostas, o representante da procuradoria entendeu não ser possível requerer exigências de habilitação vinculadas a uma determinada metodologia, sem aparente vantagem para a Administração Pública, sob pena de direcionamento despropositado do certame.

41. Entretanto, considerou que a Administração pode inserir motivadamente no edital critérios objetivos de avaliação que privilegiem, no julgamento, algumas características desejadas do objeto :

“Por exemplo, o intuito pode ser gerar empregos e desenvolver mão de obra em determinada área. Assim, metodologia que utilize mais intensamente pessoal, em detrimento de automatização, pode ser beneficiada com um desconto percentual sobre a proposta de preço, apenas para efeito de julgamento. De forma semelhante, o desconto pode ser aplicado no julgamento de um certame onde a ênfase recaia sobre o uso de madeira de reflorestamento certificada. Ambos se encontram aderentes à diretriz de maior vantagem para a Administração Pública, traduzida, nos casos expostos, em benefícios sociais ou ambientais.”

42. Ressalvou que o adequado cumprimento do comando obrigatório do dispositivo legal em análise requer um anteprojeto com a maior completude possível, a fim de garantir mínimo conforto à Administração Pública na melhor definição dos critérios objetivos de avaliação e julgamento das propostas.

43. No que tange às justificativas de que trata o *caput* do art. 9º do RDC, percebo que o parecer apresentado pelo procurador-geral do MPTCU está em plena consonância com as manifestações pretéritas desta Corte, às quais me associo.

44. O art. 8º da mencionada lei definiu a empreitada por preço global, a empreitada integral e a contratação integrada como regimes preferenciais de execução.

45. Ocorre que, dentre esses três regimes preferenciais, a opção pela contratação integrada não foi oferecida pela legislação de forma ampla e irrestrita, pois é exigida justificativa técnica e econômica para sua adoção, além da necessidade de o objeto da licitação observar pelo menos uma das condições estabelecidas no aludido art. 9º.

46. Não se pode admitir que a simples possibilidade de execução de qualquer serviço com metodologias diferenciadas seja suficiente para o enquadramento pretendido. Tal interpretação do art. 9º levaria à sua inocuidade, pois, se assim fosse, toda obra contratada a partir de um anteprojeto – como é o caso das contratações integradas – atenderia à condição da lei.

47. No caso em exame, as supostas justificativas técnicas e econômicas são genéricas, não valoradas e desprovidas da cabal demonstração das vantagens para a Administração da opção pela contratação integrada, conforme ilustram os seguintes trechos da instrução da unidade técnica:

“Conforme já discutido anteriormente, a elaboração dos projetos pela contratada realmente otimiza a execução do empreendimento, já que ela pode planejar a melhor forma de executar os serviços de acordo com seus equipamentos, com o projeto e até com restrições impostas pela autoridade portuária ou por condições climáticas adversas. Ademais, as atividades comerciais do porto não são paralisadas, o que também demanda complexo planejamento e a criação de alternativas. Quanto aos equipamentos, entende-se também pertinente a alegação da SEP de que a capacidade dos equipamentos é um importante parâmetro para a escolha da contratada capaz de realizar o empreendimento, sem provocar a interdição dos canais de acesso e bacias de evolução.

...

No que tange à justificativa econômica da SEP, o órgão ressaltou a concentração das etapas da obra e dos riscos a uma empresa ou consórcio, de forma a trazer celeridade procedimental e economia de recursos humanos da SEP/PR, a possibilidade de tornar o Programa Nacional de Dragagem II mais atrativo e, com isso, aumentar a competitividade da licitação, e finalmente, obter economia e eficácia na execução dos serviços. Ademais, considera-se positiva a elaboração de estudos complementares, pela contratada, para o desenvolvimento dos projetos.

...

A SEP apontou no termo de referência que o objeto da contratação envolve a possibilidade de execução com diferentes metodologias. O órgão considera que o futuro contratado, de acordo com seu *know-how* poderá optar por utilizar-se de diversos equipamentos e tecnologias, a fim de conseguir atingir os objetivos contratuais de forma eficiente, econômica e flexível, já que terá que transportar os sedimentos dragados até a área de despejo sob diferentes condições meteorológicas e de tráfego operacional de embarcações.

Ademais, a executora terá a opção de realizar a coleta de sedimentos com diferentes níveis de profundidade, objetivando espaçar os períodos de intervenção, otimizar o volume da cisterna das dragas, por meio do controle de *overflow*, executar *sandtraps* ou armadilhas de areia para captar os sedimentos resultantes do assoreamento, retificar o traçado do canal e utilizar diferentes tipos de equipamentos/dragas para manutenção das profundidades. Desse modo, considera-se atendido o inciso II do *caput* do art. 9º.”

48. Registre-se que a secretaria especializada também considerou o objeto passível de enquadramento no inciso III do art. 9º da Lei 12.462/2011 (tecnologias de domínio restrito no mercado), uma vez que poucas empresas disputam as concorrências internacionais promovidas pela SEP/PR. Porém, nem mesmo mencionou qual seria a tecnologia de domínio restrito.

49. Assim, em consonância com o entendimento do MPTCU e diversos precedentes deste Tribunal, dirijo da conclusão da SeinfraHidroferrovia de que a adoção da contratação integrada foi devidamente justificada pela SEP/PR.

50. Relembro por oportuno que, conforme consignado no voto condutor do acórdão 3.569/2014 – Plenário, as diferentes metodologias executivas que configurem condições de meio – ou seja, refiram-se ao “como fazer” e não alterem as características do objeto final pretendido pela Administração – podem ser admitidas nas contratações pela empreitada por preço global referida no inciso II do art. 8º, regime preferencial do RDC cuja adoção prescinde de justificativas específicas.

51. Quanto à inobservância da exigência contida no § 3º do art. 9º do RDC de que a admissão de metodologias diferenciadas de execução induz à necessidade de que sejam estabelecidos critérios objetivos de avaliação e julgamento das propostas, não se pode acatar o argumento de que a exigência de produtividade mínima dos equipamentos afastaria a aplicação do dispositivo legal, por absoluta falta de fundamento lógico ou legal.

52. Conforme exposto no parecer do MPTCU, quando não houver opção pelo critério de julgamento de técnica e preço, a Administração pode inserir no edital critérios objetivos de avaliação que privilegiem, no julgamento das propostas, algumas características que sejam desejadas para o objeto. Tal exigência foi simplesmente ignorada no edital da SEP/PR.

53. Não obstante as irregularidades na condução do certame – opção injustificada pela contratação integrada e incerteza quanto ao preço base adotado –, por ter em vista que o contrato dele decorrente já se encontra firmado e em andamento, considero inapropriada sua suspensão, uma vez que poderia acarretar à Administração prejuízos maiores dos que os que se pretendem evitar.

54. No que concerne à sugestão do representante da procuradoria de “expedir orientação aos órgãos da Administração Pública Federal sobre as hipóteses de utilização da contratação integrada caso a motivação seja a possibilidade de execução do objeto com diferentes metodologias, bem como de encaminhar cópia do Acórdão resultante à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, como subsídio às discussões travadas em torno da reformulação da Lei nº 8.666/93”, penso que uma determinação

à Segecex para que oriente suas unidades a observarem, nas futuras fiscalizações, os critérios e as condições expostas neste voto alcançará o objetivo de orientação aos órgãos da Administração Pública Federal pretendido pelo procurador-geral. Como, repito, se trata de matéria nova em nosso ordenamento jurídico, uma divulgação ampla de um novo entendimento firmado pelo TCU poderia causar forte impacto negativo nos inúmeros procedimentos em andamento nos mais diversos órgãos e entidades, que poderiam suspendê-los com receio de futuras apenações.

55. Por fim, com relação à proposta da unidade instrutiva para que se recomende à SEP/PR a realização de diversos acompanhamentos, considero tratar-se de medidas que poderão contribuir para o aprimoramento das avaliações daquela secretaria e para a própria condução da obra em exame.

Ante o exposto, acolho apenas parcialmente a proposta de encaminhamento da unidade técnica e VOTO por que o Tribunal aprove a minuta de acórdão que submeto à sua consideração.

TCU, Sala das Sessões, em 01 de junho de 2016.

ANA ARRAES
Relatora