

VOTO COMPLEMENTAR

Trago aos meus pares algumas considerações complementares que julgo necessárias para a melhor compreensão da parcela contestada do caso em exame.

2. Antes, porém, gostaria de agradecer as contribuições trazidas aos autos pelo ministro Benjamin Zymler. A reconhecida robustez técnica que caracteriza seus pronunciamentos fizeram com que me debruçasse mais uma vez sobre a matéria e incorporasse à minuta de acórdão que submeto a este colegiado porção relevante das alterações propostas pelo ministro revisor.

3. Conforme registrei em meu voto inicial, a avaliação da regularidade da adoção da contratação integrada prevista no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei 12.462/2011), por se tratar de prática recente em nosso país, merece especial atenção desta Corte, pois a discussão aprofundada da matéria contribuirá para o aperfeiçoamento da jurisprudência a ela concernente.

4. Por isso, permito-me tecer algumas considerações sobre as ponderações consignadas no voto revisor.

5. Preliminarmente, cumpre registrar que a Lei 8.666/1993, ao tratar dos regimes de execução de obras, não exigiu explicitamente justificativas para a adoção de um ou outro modelo. Isso porque a opção pelos regimes ali previstos está intrinsicamente vinculada às características do objeto. Assim, para projetos em que há uma natural imprecisão dos quantitativos de serviços, a literatura técnica indica a opção pela empreitada por preço unitário – EPU, enquanto a empreitada por preço global – EPG é indicada para projetos com boa margem de precisão de quantitativos. O acórdão 1.977/2013 – Plenário discorreu sobre a questão e assim dispôs, ao final:

“9.1.3. a empreitada por preço global..., deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras.”

6. Já a Lei 12.462/2011 dispôs, no § 1º de seu art. 8º, que nas contratações de obras devem ser adotados, preferencialmente, os regimes de EPG, empreitada integral e contratação integrada – CI. A adoção da EPU e a contratação por tarefa precisam ser justificadas, conforme estabelece o § 2º do mesmo artigo.

7. Foram eleitos pela Lei do RDC, portanto, três regimes preferenciais de execução: empreitada integral, EPG e CI.

8. A empreitada integral é utilizada em objetos bastante específicos, quando o contratante precisa recebê-lo completo e pronto para entrar em funcionamento. É o caso das hidrelétricas, em que a perfeita integração do funcionamento da parte civil e dos equipamentos eletromecânicos do empreendimento precisa ser assegurada. A adoção desse regime em obras que não têm essa condicionante ofenderia uma das diretrizes estabelecidas pelo RDC, qual seja, o parcelamento do objeto (art. 4º, inc. VI).

9. Restam, então, dentre os regimes preferenciais, a EPG e a CI. Ocorre que a lei do RDC não permitiu fosse a CI escolhida em qualquer situação, porquanto em seu art. 9º condicionou sua adoção à existência de justificativa técnica e econômica e ao enquadramento em uma das seguintes hipóteses:

a) inovação tecnológica ou técnica;

- b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
- c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.
10. É evidente, portanto, que a EPG é o regime a ser adotado quando não existe justificativa razoável para a escolha de outro. Por consequência, as eventuais justificativas para adoção de outro regime não podem se amparar em supostas vantagens que poderiam ser igualmente obtidas no caso de opção pela EPG.
11. O acórdão 1.510/2013 – Plenário, mencionado no voto revisor e uma das primeiras deliberações desta Corte a tratar de forma aprofundada a CI, já estabelecia a necessidade de se demonstrar que as vantagens da CI não poderiam ser obtidas por outro dos regimes preferenciais. Ao acolher proposta do ministro Valmir Campelo, este Plenário assim deliberou:
- “9.1.1.2. tendo em vista que uma obra licitada com base no anteprojeto já carrega em si a possibilidade de a contratada desenvolver metodologia e/ou tecnologia própria para a feitura do objeto, no caso de a motivação para a utilização da contratação integrada estiver baseada nessa viabilidade de emprego de diferenças metodológicas, nos moldes do art. 20, § 1º, inciso II, da Lei 12.462/2011, justifique, em termos técnico-econômicos, a vantagem de sua utilização, em detrimento de outros regimes preferenciais preconizados no art. 8º, § 1º c/c art. 9º, § 3º da Lei 12.462/2011.” (destaques acrescidos)
12. O mesmo entendimento foi consignado pelo ministro Walton Alencar Rodrigues no acórdão 4.661/2015 – 1ª Câmara:
- “1.7. Determinar... à Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) que no prazo de 15 (quinze) dias adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o edital do RDC Eletrônico n. 01/2015 e os atos dele decorrentes, em razão ausência de dados quantitativos que demonstrem de forma objetiva a economicidade da opção pelo regime de contratação integrada, conforme exigido pelo caput do art. 9º da Lei 12.462/2011, em detrimento dos demais regimes preferenciais de execução - empreitada por preço global e empreitada integral.” (destaques acrescidos)
13. Conforme destacado no voto revisor, o enquadramento na possibilidade de execução do objeto com diferentes metodologias é a hipótese tratada nestes autos e a que vem sendo predominantemente utilizada pela administração pública.
14. O revisor asseverou, quanto à adoção da CI ante essa possibilidade, que:
- “...há maior liberdade para as contratadas inovarem e buscarem a metodologia construtiva mais adequada à execução do objeto. Essa maior liberdade, poderá redundar que os licitantes vislumbrem alternativas com menores custos do que aquela eventualmente teria sido fixada no projeto básico.
- ...
- Essa possibilidade, destaco, corrige uma incoerência verificada nos demais modelos de obras públicas – em especial o da contratação por preço unitário. Isso porque, nesses casos, não há maiores estímulos para as contratadas inovarem e utilizar a sua capacidade de engenharia para reduzir os custos do empreendimento, pois a lógica é que, em regra, eventuais ganhos de eficiência devem ser repassados integralmente para a Administração.”
15. Não merece qualquer reparo tal raciocínio quando se trata de EPU. Entretanto, quando se compara a CI com o regime de EPG, as vantagens apontadas não sobressaem da mesma forma. Na EPG, o contratado também é incentivado a adotar metodologias executivas mais eficientes, pois reduzirá seus custos produtivos. Em consequência, poderá ofertar proposta mais competitiva na licitação.
16. Assim, mesmo que o projeto básico preveja, por exemplo, a escavação de um túnel por meio de explosivos, o executor poderá prever a realização do serviço – e já considerar em sua proposta de preços – por meio de tuneladora. Se um projeto prevê o escoramento de uma laje em madeira e o construtor dispõe de um sistema de escoramento metálico a um custo meramente residual, nada impede que adote a solução mais econômica. Foi esse o raciocínio apresentado pelo ministro-substituto

Marcos Bemquerer no voto condutor do acórdão 3.569/2014 – Plenário:

“Relevante observar que o significado da expressão ‘metodologia executiva’ tem ganhado, por vezes, abrangência indevida. Na acepção mais restrita dos termos, também as contratações por empreitada por preço global admitem a execução de serviços por meio de metodologias diferentes, o que se harmoniza com o objetivo do RDC de incentivar a inovação tecnológica e buscar a melhor relação entre custos e benefícios (art. 1º, § 1º, incisos II e III da Lei 12.462/2011).

Por exemplo, se é necessária a execução de um túnel escavado em rocha, não importa se o serviço será feito por meio de tuneladora (vulgo ‘tatzão’) ou explosão controlada. O resultado final para o contratante será exatamente o mesmo, e basta o edital de licitação não restringir as opções executivas para que o executor adote a metodologia que lhe seja mais conveniente, observado, em qualquer caso, o equilíbrio econômico-financeiro entre os dispêndios da administração e as contraprestações realizadas pelo contratado. O mesmo raciocínio se aplica à execução de estrutura de concreto com escoramento em madeira ou metálico, à escavação e transporte de terra com motoscaper ou retroescavadeira, e a tantos outros serviços. Trata-se de ‘como fazer’.

A interpretação estendida da expressão abarcaria também ‘o que fazer’. Aí estaria incluída a liberdade do contratado para decidir como será o objeto (se estrutura de concreto ou metálica, se pavimento rígido ou flexível, etc.), desde que atendidas as condições de funcionalidade, durabilidade e desempenho previstas no edital.

Esta opção sim, tem seu uso restrito às contratações integradas. Entretanto, a elaboração dos documentos técnicos que acompanham o edital torna-se bem mais complexa, eis que torna imprescindível a definição de para quais serviços o construtor terá liberdade de escolher o que fazer (estrutura, cobertura, piso, esquadrias, etc.), a detalhada especificação das condições mínimas de aceitabilidade para cada um desses serviços, bem como a definição das vantagens para a Administração de uma ou outra solução e de critérios específicos de julgamento.

...

Em resumo, a Administração pode usufruir dos benefícios – especialmente redução de custos e inovação tecnológica – da liberdade de adoção de metodologias diferenciadas (no sentido estrito da expressão) em obras com a adoção do regime de empreitada por preço global, opção preferencial do RDC que não exige justificativa. Já a admissão de metodologias diferenciadas no seu sentido amplo, que permite a existência de soluções técnicas alternativas que alteram as características do próprio objeto final contratado, é restrita ao regime de contratação integrada...” (destaques acrescidos)

17. Por isso consignei em meu voto que “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”.

18. Comungo, portanto, com o raciocínio do ministro Marcos Bemquerer de que somente os casos de soluções técnicas alternativas que alterem as características do próprio objeto final contratado são restritos ao regime de CI.

19. No caso em exame – um simples serviço de dragagem portuária –, todas as justificativas apresentadas pela SEP/PR, cuja essência encontra-se transcrita no item 47 do voto original, referem-se ao “como fazer”. Todas as supostas vantagens poderiam ser obtidas, portanto, se a contratação previsse o regime de EPG. Logo, não são justificativas aceitáveis.

20. Considero que, se o dispositivo legal exige que a opção por determinado regime, em detrimento de outro, seja justificada, não é razoável admitir que as vantagens apresentadas para justificar a opção CI possam também ser obtidas se adotada a opção EPG. Por isso a necessidade de diferenciar as condições de meio (como fazer) das condições de fim (que envolve características do produto final).

21. Ademais, as justificativas apresentadas para a contratação da dragagem aqui tratada, além de desprovidas de demonstração em termos monetários, são absolutamente genéricas, aplicáveis a qualquer obra de dragagem de algum porte, o que vai de encontro ao entendimento do voto condutor

do ministro Benjamin Zymler no acórdão 1.850/2015 – Plenário:

“A motivação do uso da contratação integrada sob um prisma econômico, conforme estatuído pelo *caput* do art. 9º do RDC, deve preferencialmente demonstrar em termos monetários que os dispêndios totais realizados com a implantação do empreendimento sejam inferiores aos obtidos caso fossem utilizados os demais regimes de execução, não podendo a fundamentação apresentada se limitar a argumentos genéricos e subjetivos.” (destaques acrescidos)

22. Ressalto que o trecho de voto acima, além de mencionar a necessidade da comparação com outros regimes de execução, registra também que a justificativa econômica deve, preferencialmente, ser demonstrada em termos monetários.

23. Trata-se, portanto, de justificativa objetiva, devidamente quantificada para o objeto a ser licitado. O voto do ministro Valmir Campelo, no clássico acórdão 1.510/2013 – Plenário, já se referia à relevância da demonstração dos ganhos previstos pela adoção da CI:

“as características do objeto devem permitir que haja a real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público (...). Os ganhos advindos da utilização da contratação integrada devem compensar esse maior direcionamento de riscos aos particulares. Essa demonstração é o cerne para a motivação da vantagem para utilizar o novo regime.” (destaques acrescidos)

24. Mais recentemente, o ministro Walton Alencar Rodrigues consignou o mesmo entendimento no acórdão 4.661/2015 – 1ª Câmara:

“1.7. Determinar... à Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) que no prazo de 15 (quinze) dias adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o edital do RDC Eletrônico n. 01/2015 e os atos dele decorrentes, em razão ausência de dados quantitativos que demonstrem de forma objetiva a economicidade da opção pelo regime de contratação integrada.” (destaques acrescidos)

25. Além desses precedentes que mencionam a necessidade da quantificação das vantagens econômicas da opção pela CI, outras manifestações deste Tribunal têm criticado a apresentação de justificativas genéricas, como as do caso em exame. São exemplos as seguintes manifestações de relatores:

“De fato, as justificativas apresentadas pelo Dnit para a escolha desta modalidade de contratação são genéricas, servindo para qualquer empreendimento ser licitado pela entidade.” (destaques acrescidos) – ministro Vital do Rego, no voto condutor do acórdão 2.153 – Plenário.

“Quanto à possibilidade de execução mediante diferentes metodologias, ao que me parece, não seria adequado conferir interpretação puramente literal ao dispositivo. Essa conduziria ao entendimento de que bastaria a presença de diferenças metodológicas na execução, ainda que mínimas ou em menor intensidade, entre as diversas soluções possíveis, para justificar a utilização da contratação integrada. Como praticamente todas as obras e serviços de engenharia podem ser realizados mediante alguma variação metodológica, em diferentes graus de variação, esse tipo de interpretação conduziria ao enquadramento de quase todo tipo de obra ou serviço de engenharia, trazendo uma generalização da aplicação do regime em se tratando de obra ou serviço de engenharia a dispensar enquadramento no disposto nos incisos I ou III do art. 9º.” (destaques acrescidos) – ministro Augusto Sherman, no voto condutor do acórdão 1.399/2014 – Plenário.

“...para o enquadramento do objeto no inciso II do art. 9º, as diferentes metodologias ali referidas 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” (destaques acrescidos) – ministro Marcos Bemquerer no acórdão 3.569/2014 – Plenário.

“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) – procurador-geral Paulo Soares Bugarin, em parecer à peça 26 deste processo.

26. Ante tantos precedentes, estou convicta da necessidade de comprovação cabal das vantagens quando da opção pelo regime de CI. Não obstante essa convicção, aquiesço ao argumento do revisor de que a exigência pode ser, no momento, de difícil cumprimento, o que acabaria por inviabilizar a implantação da nova modalidade executiva trazida pelo RDC.

27. Isso porque as unidades da Administração que executam obras rotineiramente precisariam vivenciar algumas experiências de CI para poder dispor de elementos que permitam a valoração das supostas vantagens do modelo. Nos dias de hoje, provavelmente apenas o Dnit possui um conjunto de empreendimentos contratados sob os diferentes regimes a ponto de poder mensurar os resultados de cada um, não só em termos financeiros, mas também de prazo e de impacto nos dispêndios com fiscalização, entre outros.

28. A mais longa experiência com esse tipo de contratação, em âmbito nacional, é a da Petrobras, porquanto permitida pelo decreto que regulamenta suas contratações. Como sobejamente conhecido por este Tribunal, os elevados valores iniciais e finais dos contratos, os dilatados prazos de execução e os vultosos aditivos não indicariam o sucesso do modelo. Entretanto, as contratações daquela empresa, como é publicamente sabido hoje, estavam contaminadas por conluio e corrupção. Por conseguinte, seus resultados não se prestam para afeito de avaliação comparativa.

29. Ressalto que já passa do tempo de este Tribunal realizar sua própria avaliação dos resultados da adoção do novo regime. A esse respeito, por proposição do ministro Marcos Bemquerer, o Plenário aprovou, na sessão de 3/12/2014, determinação à Segecex para que submetesse ao Tribunal, até setembro de 2015, auditoria que contemplasse a referida avaliação. Lamentavelmente, até a presente data o trabalho não foi trazido a este colegiado.

30. Ante esse cenário, acolho, com alguns ajustes, a proposta de redação do ministro revisor para o item 9.1.1 do acórdão.

31. O outro aspecto de divergência do voto revisor atine ao item 9.1.2, que estabelece a obrigação da inclusão, nos editais em que o enquadramento da CI se deu pela possibilidade do uso de diferentes metodologias, de critérios objetivos de avaliação e julgamento de propostas que contemplem as metodologias executivas diferenciadas admissíveis.

32. No entender do revisor, o dispositivo “deve ser interpretado no sentido de que a pontuação das metodologias de execução deve ocorrer quando se utilizar o critério de julgamento técnica e preço”. Isso porque, originalmente, o RDC previa que a CI seria obrigatoriamente licitada por técnica e preço, e era razoável que houvesse definição de critérios de pontuação de metodologias como regra geral. Com a revogação do inciso III do § 2º do art. 9º dessa lei, essa obrigatoriedade deixou de existir.

33. Nesse aspecto, divirjo do revisor.

34. O dispositivo legal em questão estabelece:

“§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.”

35. Portanto, basta que sejam admitidos projetos com metodologias diferenciadas de execução para que sejam exigidos critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas. A norma não condiciona a aplicação do dispositivo a um ou outro critério de julgamento.

36. A proposta de deliberação contida no voto revisor é de que “nas licitações pelo regime de contratação integrada enquadradas no inciso II do art. 9º da Lei 12.462/2011, quando o critério de julgamento for de técnica e preço, é obrigatória a inclusão nos editais de critérios objetivos de avaliação e julgamento de

propostas que contemplem as metodologias executivas diferenciadas admissíveis, em observância ao § 3º daquele artigo” (grifos acrescidos)

37. A prosperar tal proposta, um comando legal estaria tendo sua aplicação drasticamente restrita, uma vez que a grande maioria das licitações por CI têm sido por menor preço. O fundamento de tal restrição requer seja admitido que o legislador pretendia que essa exigência fosse aplicável apenas aos casos de julgamento por técnica e preço e que, ao excluir, por meio da Lei 12.980/2014, a obrigatoriedade desse tipo de julgamento, deixou de promover ajuste no § 3º.

38. Não me parece ser essa a melhor interpretação para o dispositivo.

39. A análise contida no voto revisor parte do pressuposto de que os critérios de julgamento que contemplem as metodologias executivas diferenciadas estariam limitados à pontuação, numa licitação por técnica e preço, das várias metodologias.

40. Socorro-me, neste passo, do parecer emitido pelo procurador-geral do Ministério Público junto ao TCU – MPTCU, transcrito no relatório precedente, que assim tratou da questão:

“Como comentado, isso não impede que a Administração, **zelando pela primazia do interesse público, insira 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.” (grifos acrescidos)

41. Vê-se, portanto, que a aplicação do dispositivo em questão não está necessariamente vinculada à adoção do julgamento por técnica e preço. Numa licitação por menor preço, pode perfeitamente o edital estabelecer critérios de avaliação e julgamento que privilegiem uma ou outra metodologia. Tanto é assim que o ministro Marcos Bemquerer consignou no voto do acórdão 3.569/2014 – Plenário:

“...em observância ao § 3º do art. 9º, o instrumento convocatório das contratações integradas que admitam metodologias executivas diferenciadas devem, sempre que possível, ter critérios objetivos de julgamento das propostas que privilegiem metodologias mais vantajosas para a Administração, caso o certame seja por menor preço.”

42. Aos exemplos trazidos pela procuradoria, outro merece ser acrescentado. Imagine-se uma cobertura de ginásio de esportes em cidade litorânea. A administração pode admitir seja executada em estrutura metálica, por hipótese mais rápida e barata, ou em concreto protendido, em maior prazo e preço superior. Ao fazer uma avaliação dos gastos que pode ter ao longo dos anos em tratamento anticorrosivo para a estrutura metálica, o contratante pode estabelecer em edital que, para efeito de julgamento das propostas, a solução em concreto gozará de desconto de 5%.

43. Nesse exemplo, as diferentes metodologias admissíveis seriam concernentes ao produto final – inapropriadas, portanto, ao regime de EPG –, seriam relevantes para o empreendimento e estariam sendo objeto de critério objetivo de avaliação e julgamento.

44. Considero, portanto, que não houve falha na redação da lei quando de sua alteração, pois o § 3º do art. 9º da Lei 12.462/2011 é perfeitamente aplicável em licitações por menor preço.

Mantenho, por isso, o texto do item 9.1.2 na nova minuta de acórdão que submeto a este Plenário.

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

ANA ARRAES



Relatora