

TC 030.958/2014-8

Natureza: Relatório de Fiscalização.

Unidade: Secretaria de Portos da Presidência da República.

Interessado: Congresso Nacional.

DESPACHO

Trata-se de fiscalização nas obras de dragagem do Porto de Rio Grande/RS, sob responsabilidade da Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR, as quais serão 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 (SeinfraHidroferrovias) 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 (peça 21), determinei a restituição dos autos à SeinfraHidroferrovias para que discorresse sobre os aludidos indícios.

5. A nova instrução apresentada (peça 22) 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 deixou de abordar a incoerência apontada. Em sua instrução, limitou-se a afirmar que a não definição de quantitativos mínimos estava em consonância com o disposto no art. 30, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993. Além de ter desconsiderado a questão efetivamente levantada no despacho – a incoerência do texto editalício –, a unidade especializada não se mostrou em sintonia com julgados mais recentes deste Tribunal, os quais têm professado 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.

9. A exigência de tempo mínimo de experiência contida no item 15.4.7.1.1, 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 SeinfraHidroferrovias – 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. Desconsiderou a unidade técnica, 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. O que não foi feito pela unidade técnica, portanto, foi a avaliação crítica da exigência, eis 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 quando se consulta o relatório da SeinfraHidroferrovias 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 que seria merecedora de acurada análise, mas sobre a qual o relatório da equipe não discorre.
15. 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 a inexistência do critério objetivo de julgamento a que se refere o § 3º do art. 9º da mesma lei.
16. Os termos do despacho foram claros ao determinar 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”. Lamentavelmente, essa determinação foi ignorada pela unidade técnica.
17. 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.
18. Professam a ideia de que o dispositivo legal não deve ser banalizado, sob pena de ofensa a princípio da hermenêutica jurídica, eis 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.

19. A nova instrução da unidade técnica, infelizmente, não observou as ponderações presentes nos aludidos julgados. Limitou-se a rerepresentar argumentos dos gestores e acrescentar comentários superficiais e genéricos, aplicáveis a praticamente qualquer obra de engenharia.
20. Acrescente-se que o voto condutor do 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 cita 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, de forma assaz singela, 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.
21. Algumas afirmações complementares da SeinfraHidroferrovias, 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). Sobressai, mais uma vez, a inobservância dos termos do despacho pela secretaria.
22. Ressalte-se que em nenhum momento a independência da unidade técnica do Tribunal está sendo questionada. No cumprimento de seu papel institucional, pode ela propor o que entender mais adequado sob os prismas técnico, legal e jurisprudencial. Mostra-se deficiente, no entanto, o parecer que, independentemente da conclusão a que chegar, ignora os precedentes apreciados pelo Tribunal. Mais grave é ignorar esses precedentes quando estão explicitamente mencionados no despacho do relator que determina a elaboração do parecer.
23. Caso convencida de que o melhor entendimento não é aquele presente em julgados anteriores desta Corte, deve a unidade técnica expor a tese neles defendida e, de forma fundamentada, discorrer sobre suas eventuais falhas e apresentar os argumentos que levam a outra conclusão.
24. 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.
25. Os diversos entendimentos que orbitam esse novo tipo de contratação não estão, portanto, pacificados. Dúvidas e divergências são naturais e até mesmo desejáveis, eis que provocam a discussão aprofundada da matéria e o aperfeiçoamento da jurisprudência a ela concernente.
26. No caso em exame, assim como nos tratados nos acórdãos mencionados no item 16 deste despacho, o cerne da questão está nas condições para aplicabilidade do art. 9º da Lei 12.462/2011, em especial de seu inciso II e seu § 3º.
27. Trata-se, portanto, 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.



Em vista, portanto, da relevância do tema em discussão, considero de elevada conveniência sejam os autos remetidos ao Ministério Público junto do TCU para que se manifeste 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.

TCU, Gabinete, em 16 de junho de 2015.

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES

Relatora