

Processo TC nº 030.958/2014-8
RELATÓRIO DE AUDITORIA

Excelentíssima Senhora Ministra-Relatora,

Trata-se de relatório de auditoria realizada na Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), oriunda de proposta de fiscalização temática da antiga SecobHidroferrovia, autorizada pelo Acórdão nº 2098/2014-Plenário, com foco no Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária (PND II). Mais especificamente, no âmbito do presente processo, foram fiscalizadas as obras de dragagem do Porto de Rio Grande/RS. Tendo em vista que os serviços ainda não haviam sido iniciados, os trabalhos se concentraram na análise do edital Regime Diferenciado de Contratações (RDC) eletrônico SEP/PR 6/2014, cujo objeto é a **contratação integrada** (CI) de empresa ou consórcio de empresas para elaboração dos projetos básico e executivo de dragagem, sinalização, balizamento e execução das correspondentes obras. O custo estimado inicial alcançou o valor de R\$ 251 milhões.

2. Findos os trabalhos, a equipe lançou em seu relatório (peça 18) apenas um achado, “Orçamento do Edital incompleto ou inadequado”. Em síntese, foram verificadas inconsistências relacionadas ao assoreamento nas composições de custos unitários dos serviços de dragagem, levando a uma sobre avaliação no preço estimado da contratação de aproximados R\$ 7,6 milhões. Segundo os auditores, a SEP/PR reconheceu o erro e suspendeu o certame, realizando as correções necessárias. Assim, consideraram a questão esclarecida. Não obstante, propuseram a expedição de três recomendações ao órgão, a serem implementadas durante a execução contratual. Dizem respeito ao desenvolvimento dos projetos e à obtenção de dados para calibragem do modelo matemático de estimativa de assoreamento que servirá de base para futuras licitações, bem como para desenvolvimento das composições unitárias de custo de serviços ora em elaboração. Consignaram ainda que a SEP/PR promoveu ajustes de quantificação de volumes-base da licitação, como também de data-base, preço do combustível e câmbio, que acabaram por suplantar a redução apontada pela unidade técnica, levando a novo valor estimado de aproximadamente R\$ 376 milhões para a contratação.

3. O diretor da 1ª DT da nova secretaria responsável pelo feito, SeinfraHidroferrovias, informou em seu despacho que, após o término do relatório, realizou-se a sessão pública de abertura de propostas e disputa de lances do certame, com participação de duas licitantes. Sagrou-se vencedor o Consórcio Jan de Nul, formado pelas empresas Jan de Nul do Brasil Dragagem Ltda. e Dragabrás Serviços de Dragagem Ltda., ofertando preço aproximado de R\$ 368 milhões (2,05% de desconto sobre o valor estimado).

4. Ingressos os autos em seu Gabinete, Vossa Excelência considerou, ao proceder à análise preliminar da documentação da licitação, que a unidade técnica não se manifestou sobre alguns indícios de impropriedades. Em resumo:

a) o edital, em seu item 13.4.2, exigiu dos licitantes a apresentação de planilhas de preços com e sem desoneração fiscal da folha de pagamento. Entretanto, não deixou claro como tal diferença refletir-se-ia em eventuais alterações futuras de enquadramento, pois o desconto ofertado na disputa referia-se unicamente à premissa utilizada pela SEP/PR;

b) o item 15.4.7 mencionou critérios a serem observados em relação aos quantitativos exigidos nos atestados técnicos. Mas o quadro que contém tal exigência não mencionava quantitativos; o item 15.4.7.1.1 exigiu experiência mínima de oito anos do responsável técnico, ofendendo jurisprudência desta Corte;

c) a cláusula 9.14 da minuta contratual estabeleceu que a contratada definiria os marcos contratuais para fins de medição e pagamento, podendo dar azo à manipulação do cronograma; e

d) as justificativas para adoção do regime de contratação integrada, presentes no termo de referência e exigidas pela Lei nº 12.462/2011, eram genéricas. Não foram demonstradas as vantagens de utilização de uma ou outra metodologia, que podem ser toleradas na empreitada por preço global, opção

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

em que não se exige justificativa para sua adoção. Ademais, não havia critério objetivo de julgamento que privilegiasse a metodologia mais vantajosa para a Administração, sinalizando descumprimento ao art. 9º, § 3º, do diploma legal.

5. Em decorrência, os autos foram restituídos (peça 21) à unidade instrutora para que se manifestasse sobre as impropriedades aludidas, em especial quanto à justificativa para utilização da contratação integrada, o que deveria ser feito à luz do disposto nos votos condutores dos Acórdãos nºs 1399/2014, 2661/2014 e 3569/2014, todos do Plenário, conforme expressamente indicado.

6. Cumprindo seu mandamento, a unidade especializada analisou a questão conforme instrução adotada em uníssono pelo seu corpo diretivo (peças 22/24). Transcrevo, por racionalidade, trecho da conclusão do documento à peça 22:

“48. Foram analisados os apontamentos do Despacho de 27/4/2015 da Exma. Sra. Ministra-Relatora Ana Arraes, referentes a possíveis indícios de irregularidades no Edital RDC Eletrônico 6/2014 SEP/PR, em especial quanto à justificativa para a opção pela contratação integrada.

49. As informações anteriormente expostas mostraram que, na visão da unidade técnica, os itens do edital republicado da SEP sobre os quais foram aventados indícios de impropriedades estavam em conformidade com a legislação e com a jurisprudência do TCU, razão pela qual entende-se que a proposta de encaminhamento consignada no Relatório de Fiscalização 736/2014 deve ser mantida.”

7. Em novo despacho (peça 25), Vossa Excelência observou que, de acordo com esclarecimentos da unidade técnica, as impropriedades listadas nas alíneas “a” e “d” acima foram corrigidas com a republicação do edital. No entanto, quanto à exigência de quantitativos nos atestados técnicos profissionais (alínea “b”), considerou que a incoerência apontada não foi abordada e que a unidade técnica não se mostrou em sintonia com recentes julgados do TCU, apesar de a inconsistência ser uma falha formal que poderia no máximo gerar dúvidas nos licitantes.

8. Já quanto ao tempo mínimo de experiência do responsável técnico (alínea “c”), a eminente relatora ponderou que a unidade técnica, apesar de abordar o problema, não fez a avaliação crítica da exigência. Permaneceria o questionamento de que o tempo de formação igual ou maior a oito anos, exigido no edital, não prova a experiência em obra de complexidade semelhante, qualificação desejada pela SEP/PR. Assim, a exigência não traria benefício ao interesse público.

9. Em adição às ponderações citadas no § 4º, comentou que o relatório de auditoria apontou o vultoso valor de R\$ 50 milhões para a mobilização e desmobilização, o que demandaria acurada análise sobre a compatibilidade de tal previsão. Todavia, não houve menção da equipe sobre este ponto.

10. Por derradeiro, abordou a última impropriedade arrolada, qual seja, a ausência de justificativa exigida legalmente para a adoção do regime de contratação integrada. Em apertada síntese, Vossa Excelência julgou que a unidade técnica não analisou a questão à luz da jurisprudência desta Corte de Contas, como havia sido determinado anteriormente, inclusive com citação de decisões específicas. Tais acórdãos, além de reafirmar a necessidade de justificativas técnicas e econômicas para a utilização do regime em comento e de enquadramento do objeto em uma das três condições do art. 9º da Lei nº 12.462/2011 – Lei do Regime Diferenciado de Contratações (LRDC), com atenção especial à utilização de diferentes metodologias, professam a ideia de que a utilização da CI não deve ser banalizada, pois, pelo menos em algum aspecto, toda obra comporta execução por meio de diferentes metodologias.

11. Nessa senda, os argumentos apresentados pela unidade técnica, alguns aproveitados da própria SEP/PR, foram considerados superficiais e genéricos, aplicáveis a praticamente qualquer obra, não específicos para o caso concreto.

12. Em adição, também foi considerada insatisfatória a abordagem adotada pela secretaria no que tange à inobservância do art. 9º, § 3º, do diploma legal. Conforme o dispositivo, *“caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o*

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas”. Quanto a este ponto, a unidade considerou afastada sua aplicação de forma bastante singela.

13. Embora não questionando a independência da secretaria especializada, seu despacho ressaltou a necessidade de que a unidade, caso apresente conclusão diversa em relação a julgados desta Corte, faça-o de forma fundamentada.

14. E, levando em conta exatamente os julgados existentes sobre o assunto, cujos entendimentos não se encontram pacificados, bem como a relevância do novel tema, Vossa Excelência houve por bem remeter os autos a este Ministério Público a fim de colher manifestação *“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”*.

II

15. Inicialmente, para bem me desincumbir de tão instigante missão, considero oportuno retornar um pouco à realidade vigente antes do surgimento da Lei nº 12.462/2011, no que concerne às licitações públicas, e de lá colher algumas informações úteis ao enfrentamento da questão.

16. Até o advento do RDC, em 2011, a Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações – LGL) estabelecia, com exclusividade, que as obras e serviços de engenharia executados de forma indireta pelos órgãos ou entidades da Administração Pública, ou seja, contratados com terceiros, mediante prévia licitação ou diretamente nos casos previstos, obedeceriam um dos seguintes regimes contratuais:

a) tarefa – pagamento de mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo. Pode envolver ou não fornecimento de materiais;

b) empreitada por preço unitário – pagamento de obra ou serviço por preço certo de unidades determinadas;

c) empreitada por preço global – pagamento de obra ou serviço por preço certo e total; e

d) empreitada integral – pagamento de um empreendimento em sua integralidade, envolvendo todas as etapas de obras, serviços e equipamentos, por preço certo e total.

17. A doutrina traça um paralelo entre a noção de empreitada do Direito Administrativo e sua assemelhada do Direito Privado. Assim, busca deste último, especificamente da Teoria Geral das Obrigações, alguns conceitos que permitem caracterizar as empreitadas previstas na LGL, e que foram incorporadas pela LRDC.

18. Conforme Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e o saudoso Carlos Pinto Coelho Motta (BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/2011: Decreto nº 7.581/2011*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 570 p. ISBN 978-85-7700-920-6), *“Ao traçar as principais distinções entre os regimes, a doutrina faz referência à legislação civil – que distingue entre as obrigações de fim ou de resultado e aquelas de meio –, cujas noções afetam sua caracterização sob duplice aspecto: a natureza da prestação buscada e o conteúdo das informações disponibilizadas no certame.”*

19. Quanto à diferença entre tais obrigações, de meio e de resultado, considero oportuno trazer algumas ideias de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: (Lei nº 12.462/2011 e Decreto nº 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013. 716 p. ISBN 978-85-7500-236-0), a seguir reproduzidas:

“2.1) Obrigações de meio e obrigações de resultado

Uma distinção clássica da teoria geral das obrigações permite compreender melhor a figura da contratação integrada. Trata-se da diferenciação entre obrigações de meio e obrigações de resultado, que se refere especificamente aos contratos de prestação de serviço, inclusive empreitadas.

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

2.2) As obrigações de resultado

Em alguns casos, a pactuação de uma obrigação de executar um objeto envolve exclusivamente (ou principalmente) a fixação do resultado a ser atingido.

2.2.1) A predeterminação do resultado a ser atingido

As partes determinam um resultado a ser obtido por meio da atuação do contratado. Há a previsão do objeto a ser executado, com fixação de parâmetros qualitativos e quantitativos destinados a identificar o resultado satisfatório e adequado.

2.2.2) A autonomia do devedor

A característica fundamental da obrigação de resultado consiste na margem de autonomia assegurada ao sujeito obrigado a executar o objeto. A contratação determina o resultado e incumbe ao executor do objeto o dever-poder de escolher as soluções técnicas e os procedimentos necessários a produzir o objeto compatível com os indicadores contratuais exigidos, no prazo, local e condições avençados.

Não é casual a utilização da expressão dever-poder para indicar a situação jurídica do devedor relativamente à determinação dos meios para atingir o fim. O devedor está investido do poder jurídico de realizar escolhas, sem que incumba ao credor a faculdade de interferência ou veto. Mas esse poder do devedor é o instrumento necessário ao atingimento do resultado pretendido. O devedor “pode” realizar as escolhas porque “deve” atingir um resultado predeterminado.

(...)

2.3) As obrigações de meio

Nas obrigações de meio, o contrato prevê um resultado a ser obtido, mas disciplina o modo de sua obtenção.

2.3.1) A predeterminação dos esforços e das soluções a cargo do devedor

O particular assume a obrigação de desenvolver todos os seus esforços para executar as atividades predeterminadas pelo credor. O resultado final será satisfatório na medida em que corresponda de modo perfeito ao procedimento predeterminado, escolhido e imposto pela outra parte.

2.3.2) A ausência de autonomia do devedor

Nesse caso, o devedor não tem autonomia para escolher as atividades a serem desenvolvidas. Está obrigado a cumprir aquilo que a outra parte estabelece. Não há poder de realizar escolhas, mas apenas a obrigação de executar fielmente as imposições oriundas da parte credora. O contrato determina não apenas o objeto a ser executado, mas também o modo e as condições de sua produção. Portanto, seria um equívoco supor que, nas obrigações de meio, não haveria a determinação do resultado a ser atingido. Há a definição do resultado, mas também existe a disciplina sobre o modo de sua execução.”

20. O autor ainda coloca que a realidade não se subordina absolutamente ao modelo exposto. Tendo em vista a incapacidade de o credor definir de modo exaustivo, completo e absoluto todas as soluções, existe certa autonomia para o devedor definir os meios, introduzindo algumas inovações.

21. Outro ponto a ressaltar diz respeito ao fato de que, para a licitação de obras e serviços, é condição necessária à existência prévia de um projeto básico (PB), definido legalmente como o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (...)”. Em complemento, a Lei enumerou os elementos exigidos no PB, considerados aptos a possibilitar o atendimento dos requisitos citados em sua definição.

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

22. Assim, pela regra estabelecida na LGL, a exigência prévia de projeto básico com as características enumeradas leva à conclusão de que, antes da LRDC, os contratos administrativos se amoldavam à espécie relacionada às obrigações de meio. Sinteticamente, a contratante era obrigada a fornecer o PB e o contratado deveria executar a obra ou serviço conforme a documentação recebida.

23. Já a escolha do regime é em função das características da obra ou serviço objeto da contratação. Tal constatação teve muito boa abordagem jurisprudencial no voto condutor do Acórdão nº 1977/2013-Plenário. Na ocasião, quanto às empreitadas por preço unitário, restou consignado ser preferível a utilização desse regime em “*empreendimentos eivados de imprecisão congênita*”, onde as características do objeto não propiciam identificação e quantificação dos serviços a realizar com tal acurácia que as variações intrínsecas na sua execução sejam mínimas. Isso não quer dizer, por óbvio, que tal imprecisão seja motivadora do desenvolvimento de um PB mais simplificado. As variações ocorridas decorrem da natureza do objeto e não da insuficiência do projeto.

24. Daí advém que as empreitadas por preço global têm seu emprego indicado nos casos em que, pela característica do objeto, há menores indefinições ou incertezas. Cito, por esclarecedoras, as palavras de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime de contratação integrada. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 242, p. 367-382, abr. 2014.): “*A empreitada por preço global, portanto, tem como pressuposto o perfeito conhecimento da obra a executar e de todas as suas características. Aqui, o projeto deve estabelecer a natureza e as quantidades dos trabalhos, bem como os custos dos materiais e da mão de obra – daí ser possível prefixar a remuneração do empreiteiro*”.

25. Quanto à empreitada integral, socorro-me novamente às palavras dos autores recém citados: “*A empreitada integral é espécie de empreitada por preço global. Há a contratação do objeto por preço certo e global, mas a abrangência da responsabilidade do contratado relativamente à execução do objeto é ampliada, incumbindo-se de entregar à Administração o empreendimento pronto e acabado (muitas vezes com instalações e equipamentos). A diferença que poderia ser apontada comparativamente à empreitada por preço global reside nas minúcias do projeto, no detalhamento da execução e na amplitude do encargo.*”

26. Pode-se concluir, então, que antes do advento da LRDC, privilegiavam-se as obrigações de meio nos contratos de serviços e obras públicas. O fornecimento prévio de um PB completo por parte da administração contratante, condição necessária para o procedimento licitatório, definia precisamente o produto a ser entregue. E, ainda que possíveis e desejáveis, eventuais inovações introduzidas pelos contratados, que pudessem representar, por exemplo, diminuição de custos de serviços, diminuição de custos de manutenção ou mesmo de prazo de obra, em proveito da própria Administração Pública, não eram estimulados, justamente por falta de previsão legal.

27. Quanto ao regime a adotar, sua escolha era função, em última análise, da precisão do PB, qualidade dependente das características do tipo da obra ou serviço. Grosso modo, maior imprecisão indicava o uso da empreitada por preços unitários. Já empreitadas por preços globais e empreitadas integrais deviam ser utilizadas nos casos de projetos com pouca possibilidade de variação em tipos de serviços ou quantitativos, sendo as últimas reservadas para objetos mais complexos e abrangentes.

III

28. Durante os mais de 22 anos de utilização da LGL, tem-se verificado uma considerável dificuldade de a Administração Pública realizar licitações com um projeto que atenda satisfatoriamente ao preconizado em seu art. 6º, inciso IX. É o que esta Corte de Contas constatou após incontáveis fiscalizações no bojo dos Fiscobras, iniciados em 1997, ou seja, em data próxima à entrada em vigor do diploma legal. O Voto condutor do Acórdão nº 1983/2008-Plenário bem abordou a questão:

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

“3. Observo que o ponto central destes autos se refere a matéria com que o Tribunal tem se deparado repetidas vezes e que, infelizmente, não tem merecido a devida atenção dos responsáveis pelas obras públicas: a elaboração de um projeto básico de qualidade e preciso o suficiente para o adequado desenvolvimento técnico e financeiro do empreendimento. Projeto básico deficiente é fórmula infalível para a colheita de toda a sorte de problemas na condução da obra.”

29. Por ocasião do Acórdão nº 2877/2011-Plenário, tratando da consolidação do Fiscobras 2011, verificou-se que, em quase 54% das obras fiscalizadas no ano, havia sido apontado o achado de projeto básico/executivo deficiente ou desatualizado. E, no esforço fiscalizatório do ano passado, o Voto ministerial que embasou o Acórdão nº 2981/2014-Plenário assim aduziu:

“54. Saliento que, mesmo após diversos anos de existência do Fiscobras e a insistente atuação desta Corte de Contas na tentativa de suprimir essa prática, o achado projeto básico deficiente ou desatualizado permanece como a irregularidade mais recorrente, o que lança a necessidade de a administração pública buscar meios efetivos para melhoria deste procedimento, essencial à boa gestão de obras públicas.”

30. Infelizmente, acredito ter havido um desvirtuamento da ideia original do legislador. Certamente, a redação da Lei procurou bem caracterizar no mundo jurídico os aspectos mínimos que um projeto deve apresentar para possibilitar a boa execução de uma obra. Dito de outra forma, buscou-se trasladar para o universo legal o que a engenharia já consagrara: uma obra necessita de projeto, suficientemente detalhado para bem caracterizá-la, proporcionando que seja executada com qualidade satisfatória, a um preço justo e dentro de prazo compatível.

31. No entanto, por motivos diversos, cuja discussão foge ao escopo deste parecer, o conceito de projeto básico restou banalizado. O termo básico, cuja acepção legal, no meu entender, seria a de instrumento de alicerce, essencial, basilar para o certame licitatório, degenerou para a conotação de algo simples, singelo, modesto. E, dessa forma, em muitas ocasiões revelou-se inapto a cumprir sua destinação legal. E, o que é pior, incapaz de cumprir com seu objetivo técnico. Como consequência, tornou-se causa para a perpetração de diversas irregularidades, redundando em responsabilização de servidores, gestores e empresas, prejuízos aos cofres públicos e à sociedade.

IV

32. Feitas as digressões expostas nas duas sessões precedentes, miro agora no advento da LRDC. Abstendo-me de considerações acerca de seu surgimento repentino, e como amplamente conhecido, ela trouxe modificações substanciais no rito licitatório, a exemplo de inversão de fases, possibilidade de disputa por lances e orçamento sigiloso. No entanto, obtempero que o aspecto mais marcante foi a possibilidade de execução de obras e serviços de engenharia por meio de novo regime contratual, não previsto na LGL, a chamada contratação integrada (CI). Justifico tal pensamento, sinteticamente, pelo fato de muitas pessoas, ao se referirem especificamente à CI, equivocadamente mencionarem RDC.

33. Conforme a Lei, em seu art. 9º, § 1º, trata-se de espécie contratual em que se transfere ao particular a responsabilidade pela elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços, bem como a montagem, realização de testes, pré-operação e demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Para tanto, obriga que o edital de chamamento do certame contenha anteprojeto de engenharia apto a caracterizar a obra ou serviço, elencando alguns requisitos mínimos que o documento deve abordar para tal finalidade.

34. A CI não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se mencionar que, de alguma forma, suas raízes remontam a 1967, por ocasião do Decreto-Lei nº 200, que em seu art. 139 estatuiu, como condição para o início da licitação, a existência de anteprojeto e especificações suficientes para o perfeito entendimento da obra. Modernamente, já em 1998, o Decreto nº 2.745/98, ao disciplinar as contratações no âmbito da Petrobras, previu em seu item 1.9:

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

“Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.”

35. De fato, por ocasião da conversão da Medida Provisória nº 527/2011 na LRDC, o Relator da matéria na Câmara dos Deputados asseverou, em seu parecer, que muito poucos eram “os institutos verdadeiramente inovadores no regime diferenciado proposto”. E prosseguiu afirmando que “de modo predominante, ao contrário de inovar, o conjunto de regras inserido no PLV em anexo parte de procedimentos já experimentados na prática, ainda que hoje sejam esses critérios aplicados de forma mais limitada”. Em que pese ser plausível argumentar que o Relator estivesse se referindo à LGL e ao pregão eletrônico, não descarto a possibilidade de incluir no rol dos procedimentos considerados experimentados as contratações integradas até então realizadas pela empresa petrolífera.

36. No cenário internacional, a CI se assemelha a uma espécie de contrato conhecida como *Engineering, Procurement and Construction Contract* (EPC), onde o empreiteiro incumbe-se da confecção do projeto e da execução da obra, administrando e prestando todos os serviços de engenharia necessários, sendo responsável pela entrega de um empreendimento pronto, com todos seus equipamentos em perfeito funcionamento. Considera-se o contrato EPC como um tipo de *turn-key*, em que, ao fim, a unidade ou o empreendimento são entregues operando. Ainda, pode-se dizer que a CI, na forma apresentada pela LRDC, encaixa-se no modelo de contrato *lump sum*, quando o preço pago para o executor é fixo e global.

37. Vencida a etapa de situar, ainda que de forma sintética, a CI nos contextos nacional e internacional, considero oportuno trazer novamente algumas observações de Marçal Justen Filho sobre o regime comentado, extraídas da obra já citada:

“Não se pode ignorar que esse modelo contratual foi desenvolvido no âmbito de uma empresa específica, a Petrobras. Ou seja, não podem ser desconsideradas as características da atividade da Petrobras e as razões que a conduziram à adoção desse modelo.

A Petrobras atua em setores diversos, muitos deles envolvendo atividades dotadas de grande complexidade e sem paralelo na experiência usual e comum das atividades de engenharia. Assim, por exemplo, a Petrobras necessita adquirir plataformas de perfuração e de extração de petróleo em alto mar, envolvendo circunstâncias anômalas. Muito mais razoável do que desenvolver diretamente uma solução técnica apropriada para tais casos é a Petrobras atribuir a um terceiro, titular de conhecimento e experiência específicos, o encargo de conceber a solução integral.

Mas 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. (...)”

38. 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.

39. Ainda sobre a CI no âmbito da Petrobras, julgo oportuno rememorar que este Tribunal de Contas evoluiu sua jurisprudência em decorrência do advento da LRDC, conforme explico a seguir. O Acórdão nº 2094/2009-Plenário, prolatado no âmbito do TC nº 006.588/2009-8, de relatoria do Ministro José Jorge, determinou à estatal que, mesmo em contratações *turn key*, elaborasse projeto básico e orçamento detalhado previamente à abertura da licitação. Posteriormente, tendo em vista pedido de reexame apresentado pela empresa contra a decisão, o Acórdão nº 2145/2013-Plenário alterou o comando pretérito, no sentido de que, nas hipóteses legalmente permitidas para a adoção de *turn key* sem PB prévio, houvesse a definição adequada e a caracterização do objeto previamente à licitação, por meio de

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

anteprojeto. Conforme se verifica, uma das razões para a alteração foi justamente o surgimento do RDC no arcabouço legal, sendo necessária a reforma em comento para possibilitar uma eventual aplicação do novo regime pela Petrobras, na hipótese de vir a executar alguma ação integrante do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

V

40. Ao transferir ao particular a responsabilidade pela elaboração dos projetos e pela execução da obra, fornecendo no edital apenas anteprojeto de engenharia que possibilite caracterizar a obra ou serviço, a LRDC introduziu regime contratual que se amolda à espécie ligada às obrigações de resultado, já comentadas anteriormente. Afinal, não mais existem as amarras do PB, possibilitando ao contratado utilizar sua criatividade no intuito de apresentar, ao final, produto que atenda às condições expostas pela Administração Pública no ato convocatório.

41. Por certo que a liberdade do particular não é absoluta. Primeiro porque a solução apresentada deve garantir o atendimento às condicionantes incluídas no anteprojeto, tais como nível de serviço desejado, solidez, segurança, durabilidade, prazo de entrega, impactos ambientais e acessibilidade.

42. Segundo porque a CI envolve a elaboração dos projetos básico e executivo. Tanto a LRDC e o Decreto nº 7.581/2011, que a regulamentou, quando abordam a elaboração do projeto executivo no âmbito da CI, dispõem que ele pode ser elaborado concomitantemente com a execução da obra ou serviço, de modo análogo ao permitido pela LGL. Assim, também por uma questão de analogia, pode-se concluir que o PB deve ser completamente elaborado anteriormente ao início da obra, como ocorre, por óbvio, na LGL.

43. De outra forma, é possível chegar a tal conclusão partindo da hipótese de que a Administração necessita saber, anteriormente ao início das obras ou serviços, se o objeto proposto pelo particular atende aos seus interesses, dando margem a eventuais ajustes, que podem ser até de profunda relevância. Dessa maneira, afigura-se extremamente temerário que o projeto básico seja desenvolvido também em conjunto com o objeto principal do contrato.

44. Com esse raciocínio, vejo que o orçamento da obra, decorrente da elaboração do PB e sendo deste parte integrante, deve também ser apresentado previamente ao início das obras. A medida encontra-se em consonância com o objetivo do RDC de promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, possibilitando que o orçamento detalhado seja utilizado para balizar futuras estimativas da Administração. Ademais, dá suporte a eventual aditamento contratual calcado em alterações de projeto solicitadas pela contratante, segundo hipótese insita no art. 9º, § 4º, inciso II, da LRDC.

45. Prosseguindo, parece-me cristalino que a LRDC, apesar de incluir a CI no rol de regimes com adoção preferencial, reservou-a para casos especiais **em sua versão original**. A redação primeva do art. 9º estatuiu, no inciso III, que no caso específico da CI o critério de julgamento seria obrigatoriamente o de técnica e preço. Ademais, o art. 20, em seu § 1º, destinava o critério exclusivamente para a seleção de objetos de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica, ou que pudessem ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, sendo pontuadas as vantagens e qualidades eventualmente oferecidas para cada produto ou solução. Dessa maneira, a LRDC explicitamente indicava que a CI era destinada a obras e serviços específicos, passíveis de execução por diferentes modos ou com tecnologias exclusivas ou de conhecimento reduzido no mercado. Obrigava ainda que tais diferenças fossem objetivamente avaliadas por meio de pontuação, fazendo menção indireta à fase de avaliação técnica das propostas.

46. Penso que a combinação original dos arts. 9º e 20 da LRDC homenageava todos os objetivos listados em seu art. 1º, os princípios da impessoalidade, igualdade, eficiência e do julgamento objetivo,

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

citados no art. 3º, bem como a diretriz insculpida no art. 4º, de “*busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância*”.

47. Vejo uma forte semelhança entre os dispositivos citados da LRDC e aqueles da LGL que tratam do assunto. Por exemplo, cito o art. 30, § 8º: “*no caso de **obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica**, poderá a Administração exigir dos licitantes a **metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos***.” (Grifos acrescidos.)

48. Merece destaque também o *caput* do art. 46, que destina a técnica e preço exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, a exemplo de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento. **Excepcionalmente**, o § 3º do dispositivo permite a utilização do critério para:

“*(...) fornecimento de bens e **execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito**, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o **objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis**, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório*.” (Grifos acrescidos.)

49. Destarte, observo que, embora afastando as normas contidas na LGL, exceto nos casos expressos, a LRDC houve por bem não abandonar totalmente os comandos daquela, especialmente no caso dos contratos, estabelecendo sua regência pelas normas do diploma de 1993. Ora, na LGL, a escolha do critério de julgamento, especialmente o de técnica e preço, depende do objeto da licitação. Mas, como já comentado, as características do tipo da obra ou serviço objeto do certame indicam o regime de execução contratual. Assim, por uma questão lógica, a LRDC não inovou sobre a possibilidade de uso da técnica e preço. Se fizesse de modo diverso incorreria em aparente contradição: permitindo sua utilização para qualquer tipo de obra ou serviço, e em decorrência, sob qualquer regime de execução, influiria no contrato, que, todavia, continua regido pelas normas da LGL, editadas justamente sobre as premissas que teriam sido afastadas.

50. No entanto, obviamente, há uma diferença fundamental entre as licitações de técnica e preço até então conduzidas sob a égide da LGL para a contratação de obras e serviços e a técnica e preço introduzida pela LRDC para o caso da CI: a existência de projeto básico anterior.

51. Conforme já abordado, o fornecimento prévio do PB dirige o foco da Administração Pública para as obrigações de meio, pois, a princípio, o resultado já se encontra perfeitamente definido. Se satisfatoriamente controladas, possivelmente haverá sucesso na contratação, com a entrega do objeto inicialmente previsto. Dessa maneira, na maioria dos casos, não há necessidade de valorar a *expertise* técnica dos participantes do certame para obtenção do vencedor. Basta averiguar, por meio de critérios objetivos de habilitação, se determinado concorrente é apto a realizar a obra e serviço. Vencida essa etapa, o ofertante do menor preço sagra-se vencedor.

52. Todavia, como visto acima, a LGL facultou a utilização do critério de julgamento técnica e preço para obras especiais, em que se admitam “*soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório*”.

53. Não há razão em permitir o emprego de outra metodologia, substituta à definida pelo PB, senão para propiciar algum benefício à Administração. E a melhor forma de incentivar algum licitante a apresentá-la é utilizar a ponderação técnica objetiva com o fim de avaliar o impacto de seu emprego em

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

face dos benefícios pretendidos, a exemplo de menor preço, melhor qualidade, menor prazo de obra ou maior durabilidade do objeto. Dessa maneira, tornam-se claros aos participantes os critérios de julgamento, permitindo a apresentação de propostas mais robustas.

54. Já na LRDC, a CI prescinde do PB justamente para que não seja apresentada uma solução pré-definida, possibilitando ao mercado oferecer à Administração, em tese, a solução mais otimizada que atenda aos requisitos por ela definidos. O foco então recai sobre o resultado, não havendo mais a necessidade de despender esforço de controle sobre as obrigações de meio, que serão definidas *a posteriori*, pelo próprio executor, já por ocasião do desenvolvimento do contrato. Também por isso não faz sentido inserir critérios de habilitação técnica atinentes, por exemplo, aos serviços mais significativos da obra, vez que a ausência do PB, em conjunto com disposições editalícias, redundarão na definição de metodologias de execução por ocasião do desenvolvimento do contrato.

55. Portanto, na LGL, mesmo existindo PB pretérito à licitação, admite-se o julgamento por técnica e preço de certames destinados à contratação de objetos especiais, em que se admita a execução por meio de diferentes metodologias, em detrimento do corriqueiro critério do menor preço. Em uma análise rápida, caso o mercado não se interesse em ofertar objeto a ser executado de forma diversa ao previsto pela Administração, contrata-se conforme o PB. Já na LRDC, a ausência de um PB levou o legislador a optar pela obrigatoriedade do julgamento pelo critério de técnica e preço, no intuito de melhor avaliar as diferentes propostas que poderão acorrer ao certame. Se fosse diferente, com o julgamento pelo menor preço por exemplo, como avaliar a aptidão dos licitantes para a consecução dos resultados pretendidos, bem como mensurar objetivamente os benefícios buscados com a adoção do instituto?

56. Justamente nessa linha foi o parecer citado no parágrafo 35 deste parecer. Verifica-se que o Relator fez questão de observar a obrigatoriedade de utilização de técnica e preço no julgamento de licitações cujo objeto venha a adotar regime de contratação integrada, corroborando o predito:

“a) a imposição de limite para o critério de preço nas licitações julgadas sob o critério “técnica e preço” destina-se a evitar que se desfigure esse tipo de procedimento, utilizado justamente quando se torna necessária a apreciação da habilitação técnica dos postulantes;

b) não há como fugir à adoção do critério anteriormente mencionado nas licitações em que se adote a contratação integrada, na medida em que será necessária a elaboração, pelos licitantes, de projetos básico e executivo, atividades que exigem conhecimentos técnicos, cujo grau deverá ser pontuado pela Administração Pública;” (grifos acrescidos.)

VI

57. Ocorre que a Lei nº 12.980/2014 alterou substancialmente a LRDC no que tange à CI. Em resumo, afastou-se a obrigatoriedade de utilização do critério de julgamento por técnica e preço. Ademais, destinou-se a CI a objetos que envolvam, pelo menos:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
- c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

58. A Lei originou-se da conversão da Medida Provisória nº 630/2013. A exposição de motivos correlata assim justificou as mudanças:

“6. Propõe-se, ainda, a alteração do caput do art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, com o objetivo explicitar as alternativas em que a contratação integrada poderá ser utilizada. Nesse cenário, desde que técnica e economicamente justificada, a contratação integrada poderá ser aplicada nos projetos que (i) demandem inovação tecnológica ou técnica; (ii) possibilitem a sua execução com diferentes metodologias existentes no mercado; ou (iii) exijam uso de tecnologias de domínio restrito no mercado.

7. Também se faz necessária a ampliação do rol dos critérios de julgamento para as licitações no regime de contratação integrada, de modo a permitir a aplicação daquele que se amolde mais adequadamente a

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

cada caso concreto. Com isso, se propõe a revogação do inciso III do § 2º do art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, possibilitando a aplicação dos critérios previstos no art. 18 da referida Lei, quais sejam: (i) menor preço ou maior desconto; (ii) técnica e preço; (iii) melhor técnica ou conteúdo artístico; (iv) maior oferta de preço; ou (v) maior retorno econômico.

8. Esta medida aproxima o RDC da sistemática existente na Lei nº 8.987, de 1995, e na Lei nº 11.079, de 2004, que, embora permitam a realização de licitações que contemplem obras sem a exigência de projeto básico, assim como ocorre com a contratação integrada, não obrigam o uso do critério de técnica em todas as hipóteses.

(...)

10. Com relação à revogação da obrigatoriedade da adoção do critério de técnica e preço para contratação integrada, a premência da alteração ocorre em função da plena utilização do RDC pelas entidades federais e dos Estados que têm empreendimentos inseridos no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, conferindo maior segurança jurídica no uso do referido regime.” (Grifos acrescidos.)

59. Alguns estudiosos do assunto manifestaram suas opiniões sobre a alteração legislativa, demonstrando certa apreensão pelo afastamento do critério obrigatório de julgamento da CI, que, repiso, era considerado fundamental por ocasião do surgimento da LRDC. Peço licença para transcrever trecho relativamente extenso de Alécia e Carlos (da obra citada no parágrafo 18), que considero de grande clareza ao tratar do assunto:

“Preferiu-se, enfim, a alternativa inicialmente aventada no texto da Medida Provisória nº 630, de 2013 – de revogação do art. 9º, § 2º, inciso III, da Lei nº 12.462/11, o que, a nosso ver, encerra uma contradição intrínseca com o próprio conteúdo da MP. Senão vejamos.

De um lado, ao incluir os incisos I, II e III ao caput do artigo 9º, a Lei enfatiza o conteúdo técnico do objeto do contrato a ser celebrado. Tem-se aí o critério fundamental, determinante mesmo, da adoção do regime de contratação integrada, ora designado para atender estritamente os objetos ali indicados: que envolvam inovação tecnológica ou técnica; ou possibilidade de execução com diferentes metodologias ou com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Ao mesmo tempo em que enfatiza o fator técnico do objeto licitado – e aqui se localiza precisamente a incongruência apontada – dispensa-se a avaliação obrigatória de propostas técnicas na fase de julgamento e seleção daquela que será considerada a melhor proposta para fins de contratação.

A adequada densidade do julgamento das propostas destinadas a atender as contratações integradas fica severamente comprometida em seu quesito mais fundamental: a condição técnica. Num regime de contratação em que o aspecto técnico-qualitativo prepondera como condição objetiva de seu próprio e legítimo cabimento, exclui-se da etapa de julgamento justamente o único mecanismo apto a aferir a qualidade das propostas.

A consequência pode ser desastrosa diante da tendência de simplificação e potencial contratação da proposta mais barata para a execução de prestações tecnicamente complexas, que encerram inovação tecnológica, comportam diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.

A Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 630, de 2013 não parece superar essa incongruência lógica perpetrada quanto ao critério de julgamento da contratação integrada. Não se vislumbra qual, entre as alternativas de critérios de julgamento remanescentes disponíveis na Lei do RDC (in casu o menor preço ou o maior desconto), se amoldará mais adequadamente ao julgamento das contratações integradas, senão aquele que considera a avaliação das propostas sob seu aspecto técnico.

Além disso, o paradigma indicado na Exposição de Motivos (a lógica erigida na Lei nº 8.987/95), tem em vista o instituto da concessão, em regime de desorçamentação, cujo horizonte pressupõe a concomitante exploração do serviço público, a longo prazo, como fator de motivação ao concessionário no zelo da boa qualidade da infraestrutura construída.”

60. No entanto, não se pode olvidar que a última redação da LRDC se encontra em pleno vigor, sendo norma substituta da LGL para contratação de objetos que se enquadrem nas características citadas em seu art. 1º.

61. Assim sendo, diversos órgãos da União têm utilizado a CI em suas licitações, a exemplo da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), Departamento Nacional de Infraestrutura

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

de Transportes (DNIT) e da Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), objeto dos presentes autos. Alguns dos mais recentes certames foram objetos de fiscalizações desta Corte de Contas, ensejando, até o momento, certo número de relatórios de auditoria já julgados.

62. 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.

63. No recente Acórdão nº 2209/2015-Plenário, de vossa lavra, ao analisar licitação realizada no âmbito do Programa de Aviação Regional, a cargo da Secretaria de Aviação Civil (SAC/PR), citou-se trecho do Voto que embasou o Acórdão nº 1850/2015-Plenário, de autoria do Min. Benjamin Zymler, que bem espelha a situação:

“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.”

64. Outro problema concerne justamente ao objeto central do pedido de Vossa Excelência – o cabimento de contratações integradas sob a alegação da possibilidade de execução do objeto com diferentes metodologias.

65. Quanto ao assunto, conforme observado em seu Despacho, este TCU já emitiu alguns posicionamentos, a exemplo dos Acórdãos nºs 1399/2014, 2661/2014 e 3569/2014, todos do Plenário. Este último foi bem elucidativo, como a seguir apresentado:

“(…)

a) 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;

b) 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 por empreitada por preço global, referida no inciso II do art. 8º, mantendo-se, em qualquer caso, o equilíbrio entre os dispêndios públicos e a contraprestação dos contratados;

c) as diferentes metodologias executivas que configurem condições de fim – ou seja, refiram-se a ‘o que fazer’ e alterem as características do objeto final pretendido pela Administração – e para as quais não haja especificação definida no anteprojeto, ou para as quais o edital preveja liberdade de adoção de solução distinta da especificada no anteprojeto, só podem ser admitidas quando adotado o regime de contratação integrada de que trata o art. 9º;”

66. A concepção do PB pelo particular leva à conclusão de que, em termos práticos, haverá grande probabilidade de que sejam propostas alternativas diferenciadas para a execução do objeto, a depender da *expertise* ou da especialização das licitantes. Também parece razoável assumir que, para contratação de obras ou serviços mais simples, ainda que possível o emprego de diferentes metodologias, a utilização da CI não apresenta vantajosidade, havendo a apresentação de propostas semelhantes onde a quantificação dos riscos inerentes ao modelo transferidos ao particular será maior do que a valoração dos benefícios para a Administração Pública. Afigura-se assim a supremacia dos outros regimes preferenciais de execução, empreitada por preço global ou integral, com o dimensionamento prévio do objeto.

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

67. 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.

68. No que tange ao § 3º do aludido artigo, ilustro que tal já existia na versão original da Lei, *ipsis litteris*. Naquela realidade jurídica, era possível fazer uma leitura conjunta do dispositivo com o art. 20, § 2º, inciso II, a fim de concluir que caso o anteprojeto – pode-se ler edital – permitisse a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução ou de domínio restrito no mercado, o instrumento convocatório estabeleceria critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas, pontuando as vantagens e qualidades oferecidas para cada solução. Obviamente, percebe-se que essa interpretação está plenamente de acordo com o então obrigatório critério de julgamento por técnica e preço, a ser utilizado também no caso de objetos de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica. Considerando a regra de hermenêutica de que a lei não contém frase ou palavra inútil, fez-se ressalva proposital no sentido de determinar que a avaliação técnica das propostas, no caso específico das metodologias diferenciadas de execução ou de domínio restrito no mercado, abordasse obrigatoriamente as vantagens e qualidades das soluções oferecidas pelos particulares.

69. Na nova versão da LRDC, como ocorrido, caiu por terra a obrigatoriedade do critério de julgamento por técnica e preço nas contratações integradas. Em verdade, caso admitida a execução com diferentes metodologias, pode-se:

a) utilizar os critérios de julgamento pelo menor preço, maior desconto ou maior retorno econômico, sendo necessário que o instrumento convocatório estabeleça critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas;

b) utilizar o critério de julgamento pela técnica e preço, quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração Pública, devendo-se pontuar as vantagens e qualidades oferecidas para cada produto ou solução.

70. No primeiro caso, o critério objetivo de julgamento já se encontra definido automaticamente por ocasião da escolha do menor preço, maior desconto ou maior retorno econômico. Resta então analisar os critérios objetivos de avaliação.

71. Uma primeira ideia é a de que, como o anteprojeto permite a utilização de diferentes metodologias, parece-me não ser possível inserir exigências de habilitação vinculadas a uma determinada metodologia, **sem aparente vantagem para a Administração Pública**, sob pena de direcionamento despropositado do certame. Haveria assim uma desmotivada preferência, incongruente com o próprio espírito da CI, de possibilidade de execução com diferentes metodologias.

72. 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.

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

73. Por outro lado, ainda que a contratante tenha elaborado anteprojeto privilegiando determinada metodologia de execução – o que me parece condição essencial para realizar uma estimativa de preço minimamente aceitável –, a utilização de critério de habilitação genérico, como, por exemplo, no caso de uma ponte, a execução anterior de uma obra de arte similar com determinada área de tabuleiro, impossibilita a real aferição da pertinência e da economicidade das propostas.

74. Em que pese, conforme os critérios de julgamento, o objeto contratado ser mais barato aos cofres públicos do que a solução aventada pela contratante, não é possível avaliar se a contraprestação auferida pelo particular se encontra em patamares aceitáveis. Dito de outra maneira, pode-se estar pagando por uma obra superfaturada na origem, apesar de aderente aos parâmetros de avaliação e julgamento do edital. Ademais, caso a estimativa elaborada pela Administração esteja dissociada dos valores de mercado, tendo em vista a precariedade do anteprojeto, pode ocorrer que o próprio contrato seja mais oneroso que a solução editalícia, ou, por outro lado, que seja até inexecutível.

75. Assim, nessa linha de raciocínio, concluo que, para bem cumprir o comando obrigatório do art. 9º, § 3º, da LRDC, é condição necessária a elaboração de anteprojeto com a maior completude possível, aproximando-se mesmo de um PB, a fim de garantir mínimo conforto à Administração Pública na melhor definição dos critérios objetivos de avaliação e julgamento das propostas.

76. Para corroborar a ideia, permito-me transcrever trecho do Voto que embasou o Acórdão nº 1510/2013-Plenário, de lavra do Ministro Valmir Campelo, proferido por ocasião do julgamento da fiscalização empreendida sobre a CI das obras do Aeroporto Afonso Pena/PR, que trouxe importantes entendimentos sobre o instituto. Apesar de prolatado sob a égide da redação anterior da LRDC, penso que o trecho, tratando sobre os critérios do sobredito § 3º, pode ser adaptado ao assunto, na forma exposta mais abaixo:

“52. Conforme já explicitado, esses critérios podem ser de qualidade, produtividade, rendimento, durabilidade, segurança, prazo de entrega, economia ou outro benefício objetivamente mensurável, a ser necessariamente considerado nos critérios de julgamento do certame. A coerência com a lógica do regime impõe essa valoração, à época do julgamento. Se não existe vantagem, afinal, em atribuir a solução para contratada (capaz de ser pontuada e comparada), que a própria administração o faça – e por um preço menor.”

77. A primeira e segunda frases encontram-se ajustadas à opção de utilização do critério de técnica e preço. Já a última leva à reflexão sobre a impossibilidade de uma real valoração de vantagem para a Administração sem um anteprojeto robusto, ainda no caso de técnica e preço, bem como de comparação minimamente aceitável entre as propostas e o orçamento-base, no caso dos outros critérios.

VII

78. Por derradeiro, este representante do Ministério Público/TCU, destacando a indiscutível relevância, atualidade e complexidade do tema ora sob exame, reforça as conclusões apresentadas anteriormente, calcadas na doutrina e jurisprudência correlatas:

a) caso a utilização da contratação integrada seja baseada no art. 9º, inciso II, da Lei nº 12.462/2011, é necessário demonstrar 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, da Lei, 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;

b) a fim de cumprir o comando obrigatório do art. 9º, § 3º, é necessária a elaboração de anteprojeto com a maior completude possível, no intuito de garantir mínimo conforto à Administração Pública na melhor definição dos critérios objetivos de avaliação e julgamento das propostas.

Continuação do TC nº 030.958/2014-8

79. Ademais, considero que a utilização cada vez mais frequente da contratação integrada tem ampliado a relevância do tema, visto com certa preocupação por esta Corte de Contas, como se aduz da recente jurisprudência emanada, principalmente no que se refere a uma possível banalização do instituto. Assim sendo, descortino à vossa apreciação proposta 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, objeto de mais de 130 Projetos de Lei em tramitação na Casa Legislativa.

Ministério Público, em outubro de 2015.

(Assinado eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral