

Aviso n.º 317-SGS-TCU-Plenário

Brasília-DF, 15 de março de 2006

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento, cópia do Acórdão proferido nos autos do processo nº TC 015.257/2005-1, examinado pelo Plenário desta Corte na Sessão Ordinária de 15/3/2006, bem como do Relatório e do Voto que fundamentaram aquela deliberação.

Atenciosamente,



WALTON ALENCAR RODRIGUES
Vice-Presidente,
no exercício da Presidência

A Sua Excelência, o Senhor
Senador DELCÍDIO AMARAL

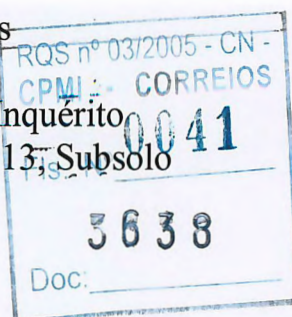
Presidente da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios

Aos cuidados de WANDERLEY RABELO DA SILVA

Subsecretaria de Apoio às Comissões Especiais e Parlamentares de Inquérito

Praça dos Três Poderes, Senado Federal, Ala Alexandre Costa, Sala 13, Subsolo

Brasília - DF



ACÓRDÃO Nº 308/2006 - TCU - PLENÁRIO

1. Processo nº TC-015.257/2005-1 – c/ 6 anexos
2. Grupo II; Classe de Assunto VII – Representação
3. Interessada: 1ª Secretaria de Controle Externo – 1ª SECEX
4. Entidade: Petrobras Transportes S.A.
5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: 1ª Secretaria de Controle Externo – 1ª SECEX
8. Advogado constituído nos autos: Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas (OAB/RJ n.º 1.176-B)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela equipe de auditoria da 1ª Secretaria de Controle Externo – 1ª SECEX, no decorrer da auditoria Fiscalis n.º 928/2005, que objetivava verificar a conformidade dos contratos firmados desde 2002, nas áreas de publicidade e propaganda, bens e serviços de informática, serviços de engenharia, bem como a contratação de navios, em razão de indícios de irregularidades graves referentes ao Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, com o objetivo de selecionar empresas nacionais, estrangeiras e consórcios para participarem de futura licitação para a construção de navios petroleiros.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, nos termos do art. 237, inciso V, c/c o art. 246 do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. autorizar a 1ª Secretaria de Controle Externo – 1ª SECEX a instaurar procedimento de fiscalização específico para cada licitação promovida pela Petrobras Transportes S.A., oriunda do Edital de Pré-qualificação Internacional n.º 01/2004;

9.3. dar ciência à Petrobras Transportes S.A. e à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional – CPMI dos Correios deste Acórdão, bem assim do Relatório e Voto que o integram; e

9.4. determinar o arquivamento do presente processo.

10. Ata nº 10/2006 – Plenário

11. Data da Sessão: 15/3/2006 – Ordinária

12. Código eletrônico para localização da página do TCU na Internet: AC-0308-10/06-P

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (na Presidência), Marcos Vinícios Vilaça, Guilherme Palmeira (Relator), Ubiratan Aguiar, Benjamin Zymler e Augusto Nardes.

13.2. Auditores convocados: Lincoln Magalhães da Rocha e Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Auditor presente: Marcos Bemquerer Costa.

Assinou o original

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Vice-Presidente,
no exercício da Presidência

Assinou o original

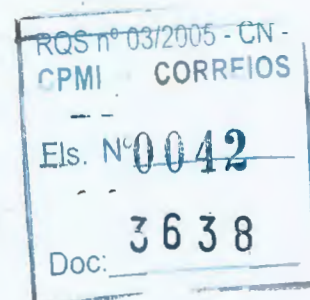
GUILHERME PALMEIRA

Relator

Fui presente:

Assinou o original

LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral



TC-015.257/2005-1

Natureza: Representação

Entidade: Petrobras Transportes S.A. - TRANSPETRO

Interessada: 1ª Secretaria de Controle Externo

Advogado constituído nos autos: Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas (OAB/RJ n.º 1.176-B)

Sumário: Representação de equipe de auditoria da 1ª Secretaria de Controle Externo. Indícios de irregularidades graves, observados no curso de auditoria, referente ao Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, com o objetivo de selecionar empresas nacionais, estrangeiras e consórcios para participarem de futura licitação para a construção de navios petroleiros. Concessão de cautelar suspendendo o procedimento. Agravo interposto pela Petrobras Transportes S.A. Provimento do agravo para tornar insubsistente a cautelar. Oitiva dos responsáveis. Procedimento que se insere em um amplo programa de soerguimento da indústria naval brasileira. Circunstâncias excepcionais que justificam, em parte, a adoção das providências tidas por irregulares. Procedência parcial da representação. Autorização instauração de procedimento de fiscalização das licitações oriundas da presente pré-qualificação. Ciência à Petrobras Transportes S.A. e à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional – CPMI dos Correios. Arquivamento dos autos.

Trata-se de Representação formulada pela equipe de auditoria da 1ª Secretaria de Controle Externo – 1ª SECEX, no decorrer da auditoria Fiscalis n.º 928/2005, que objetivava verificar a conformidade dos contratos firmados desde 2002 nas áreas de publicidade e propaganda, bens e serviços de informática, serviços de engenharia, bem como a contratação de navios, em razão de indícios de irregularidades graves referentes ao Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, com o objetivo de selecionar empresas nacionais, estrangeiras e consórcios para participarem de futura licitação para a construção de navios petroleiros

A respeito, o ACE Bruno Lima Caldeira de Andrada elaborou a instrução após as oitivas dos responsáveis (fls. 78/101, v. principal), com a qual anuiu o Titular da 1ª SECEX, em substituição, que adoto como Relatório:

“Trata-se de representação com pedido de cautelar formulada pela equipe que efetuou a Auditoria Fiscalis n.º 928/2005, com vistas a apurar possíveis irregularidades no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004 e no Ato de Gestão da Diretoria, aprovado por meio da Ata da Diretoria n.º 240/2005, passíveis de acarretar grave lesão a direito alheio e, no futuro, dano ao erário, consoante o disposto no inciso II do art. 86 da Lei n.º 8.443/92 c/c o caput do art. 246 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

1) HISTÓRICO

O Programa de Modernização e Expansão da Frota da Petrobras Transporte S/A – Transpetro tem por objetivo atender às necessidades de navios do Sistema Petrobras, bem como contribuir para o soerguimento da indústria naval brasileira, de forma a torná-la competitiva relativamente aos preços e prazos praticados por estaleiros localizados fora do Brasil.

A primeira fase do mencionado programa consistiu na Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004 realizada pela Transpetro, com o objetivo de selecionar empresas nacionais, estrangeiras e consórcios para participarem de futuras licitações com vistas à construção de navios.

A aludida pré-qualificação buscou incentivar e estimular os estaleiros nacionais existentes a modernizarem suas instalações e equipamentos por meio de investimentos, bem como permitir a participação de empresas que ainda não tenham estaleiros instalados em território nacional, mas que

estejam efetivamente capacitadas e interessadas em investir na atividade naval com o intuito de revitalizar a indústria naval nacional de grandes navios.

Dando prosseguimento à referida pré-qualificação, em 25/11/2004, a Transpetro S/A tornou pública, por meio de aviso de edital, a Pré-Qualificação Internacional, regida pelo Edital n.º 1/2004, no âmbito da implementação do seu Programa de Modernização e Expansão da Frota Marítima – PROMEF (fls. 01/56 do Anexo 1).

Em 28/04/2005, houve outra sessão da Pré-Qualificação Internacional na qual se procedeu à leitura do Relatório da Comissão de Licitação que apresentou a conclusão final da análise das documentações jurídica e fiscal, após o exame dos 'Recursos Contra Inabilitação' apresentados pelas empresas anteriormente inabilitadas, das 'Impugnações à Habilitação' impetradas pelas Pré-Qualificantes contra habilitação de concorrentes e das 'Contra-Razões às Impugnações', tendo, nessa sessão, concluído pela inabilitação da Renave – Empresa Brasileira de Reparos Navais S.A e pela habilitação para continuar no processo dos seguintes Pré-Qualificantes (fls. 133/165 do Anexo 1):

- Estaleiro Rio Grande Ltda;
- Consórcio Keppel Fels Brasil S.A/Brasfels S.A;
- Consórcio Rio Naval (Sermetal Estaleiros/IESA/MPE S.A);
- Consórcio Camargo Corrêa/Andrade Gutierrez S.A;
- Estaleiro Itajaí S.A;
- Estaleiro Mauá Jurong S.A;
- Eisa Montagens Ltda;
- Inace – Indústria Naval do Ceará S.A;
- Consórcio NUCLEP/Better/Pem;
- Consórcio Rio Grande.

Considerando que o processo de pré-qualificação associado ao Edital n.º 1/2004 deveria continuar com a abertura do 'ENVELOPE II' correspondente à documentação econômico-financeira e técnica dos Pré-Qualificantes habilitados, houve nova sessão para julgamento desta documentação, ensejando a classificação dos seguintes pré-qualificantes de acordo com a pontuação final obtida, consoante os itens 9.3, 9.5 e 9.6 do edital (fls. 166/171 do Anexo 1):

- Estaleiro Rio Grande Ltda;
- Consórcio Rio Naval (Sermetal Estaleiros/IESA/MPE S.A);
- Consórcio Camargo Corrêa/Andrade Gutierrez S.A;
- Consórcio Rio Grande.

O resultado da Pré-Qualificação (fls. 166/168 do Anexo 1), publicado em 12/07/2005, na época sujeito a recurso, desqualificou, dentre outras empresas, os seguintes participantes: Consórcio Keppel Fels/Brasfels; Mauá Jurong S.A e EISA Montagens Ltda, vez que as citadas empresas não atingiram a pontuação final necessária para qualificação na forma disposta no edital.

Posteriormente, em 13/07/2005, a Diretoria da Transpetro decidiu, por meio do Ato de Gestão aprovado por meio da Ata da Diretoria n.º 240/2005, incluir o Consórcio Keppel Fels Brasil S.A/Brasfels S.A, o Estaleiro Mauá Jurong S.A e o Estaleiro Eisa Montagens Ltda, que tinham sido desqualificadas pelo julgamento proferido pela Comissão de Licitação, em 12/07/2005. Quando do término da execução dos trabalhos de auditoria, o processo encontrava-se na fase de julgamento dos recursos (fls. 172/175 do Anexo 1), ressaltando que seria mantida a avaliação técnica publicada no Relatório da Comissão (fls. 172/175 do Anexo 1).

Com base em diversos pareceres jurídicos já mencionados anteriormente neste processo, a Diretoria da Transpetro expediu aludido ato de gestão, sob os seguintes argumentos (fls. 172/175 e 182/185 do Anexo 1):

- item 4.1.7.8.1, alínea 'c', do Manual de Procedimentos Contratuais, que outorga competência ao Titular da Companhia para decidir sobre a participação de licitantes em pré-qualificação, mesmo na hipótese de avaliação econômico-financeira em grau NR (não recomendável), no pressuposto de que insuficiências econômico-financeiras têm, ou podem ter, caráter circunstancial;
- os Pré-Qualificantes Consórcio Keppel Fels/Brasfels, Mauá Jurong S.A e EISA Montagens Ltda. alcançaram pontuação técnica exigida no edital, o mesmo não ocorrendo relativamente à pontuação econômico-financeira;

- a aplicação aos quesitos econômico-financeiros dos mesmos critérios e normas classificatórias definidos para os aspectos técnicos conduziria à pré-qualificação dos referidos licitantes, como demonstrado nos documentos que compõem o processo de licitação em curso;
- a inclusão destes licitantes irá contribuir para um maior nível de concorrência em encomenda de tão grande porte como a ora em andamento, o que vem ao encontro dos interesses da Companhia e do País;
- o ato de gestão da Companhia se baseou em critério técnico perfeitamente identificado no Edital de Pré-Qualificação;
- os pareceres jurídicos supracitados deram a opinião pela não existência de óbice jurídico ao ato de gestão;
- tais licitantes devem apresentar, quando da futura licitação, garantias suficientes destinadas a viabilizar a execução do objeto a ser licitado.

A Transpetro informa, por fim, que o processo de pré-qualificação foi concluído, tendo a Comissão de Licitação negado provimento aos recursos interpostos sob ratificação do Presidente da Transpetro, mantendo-se o ato de gestão. Assim, foram pré-qualificadas sete empresas ou consórcios. Em seguida, a Transpetro publicou Carta-Convite n.º 006.8.020.05.0, referente à licitação para construção de 26 navios no âmbito do PROMEF.

2) DOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES APONTADOS NA REPRESENTAÇÃO DESTA UNIDADE TÉCNICA.

Foram apontados na Representação da Unidade Técnica indícios de irregularidades que ensejaram a adoção de medida cautelar por este Tribunal, a seguir discriminados.

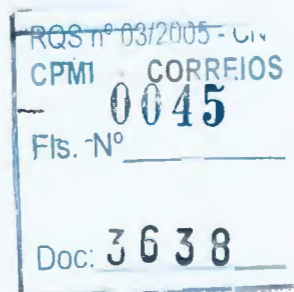
a) Falta de identificação precisa e clara do objeto da pré-qualificação no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, o que pode descaracterizar toda a pré-qualificação, contrariando o disposto no item 4.11.1 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98 c/c o art. 114, § 2º, e inciso I, do art. 40 da Lei n.º 8.666/93.

b) Restrição à competitividade com a estipulação de critérios classificatórios que serviram, na verdade, como eliminatórios, nos itens 9.3 a 9.26 do Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, configurada nos seguintes termos:

b.1) Limitação do número de pré-qualificados e estipulação de percentuais rígidos para eliminação de pré-qualificantes nos itens 9.3, 9.5 e 9.6 do Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, sem que houvesse previsão no edital de requisitos indispensáveis à execução dos navios a serem futuramente licitados, contrariando o disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, a doutrina e a jurisprudência do STF e STJ, acabando por ferir ainda o Princípio da Competitividade previsto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 c/c o item 1.8, alíneas 'a' e 'b', do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98;

b.2) Atribuição de critérios desnecessários no edital que permitiram que participantes já qualificados para o Grupo 'A' (mais abrangente) restringissem a classificação de participantes que somente estariam aptos a participar do Grupo 'C' (apenas navios do tipo GLP), o que acarretou a eliminação destes, conforme itens 7.1.5, 9.3 a 9.6, 9.14 a 9.16 e 9.24 do aludido edital, acabando por ferir novamente os Princípios da Competitividade e da Isonomia, previstos no *caput* e no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 c/c o item 1.8, alíneas 'a' e 'b', do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, bem como o disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República; e

c) Expedição de ato de gestão pela Diretoria da Transpetro, que pré-qualificou três licitantes que haviam sido eliminados pela Comissão de Licitação por não atenderem aos requisitos do edital de pré-qualificação, em desacordo com os princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Isonomia, insculpidos no item 1.2 do Decreto n.º 2.745/98 c/c art. 3º da Lei 8.666/93, tendo em vista que o edital da pré-qualificação estipulou qualificação baseada na pontuação total e não somente na pontuação técnica, não havendo suporte legal para a edição do ato de gestão nos termos do subitem 4.1.7.8.1 do Manual de Procedimentos Contratuais.



3) DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO DA UNIDADE TÉCNICA.

Considerando a materialidade dos recursos envolvidos, no montante de 1,9 bilhão de dólares americanos, tendo ficado demonstrado naquela oportunidade o 'fumus boni iuris', tendo em vista a caracterização dos indícios de irregularidades apontados, bem assim, a iminente homologação do aludido certame, conforme informado à equipe de auditoria pela Coordenação do PROMEF, caracterizando, também, o 'periculum in mora', esta Unidade Técnica efetuou proposta de encaminhamento, em 26/08/2005, nos seguintes termos:

1) seja determinado cautelarmente, 'inaudita altera pars', à Petrobras Transporte S/A - Transpetro, para que suspenda, com base no disposto no art. 276, **caput** e § 3º, do Regimento Interno do TCU, o procedimento administrativo referente ao Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, bem como o início dos futuros convites decorrentes dessa pré-qualificação, até que o Tribunal delibere a respeito do mérito quanto às irregularidades apontadas no âmbito desta Representação, o que pode ensejar a anulação de todo o procedimento, em razão do impedimento indevido de participação de concorrentes em futuros certames.

2) seja determinada a oitiva da Petrobras Transporte S/A - Transpetro, para que se pronuncie, em até 15 dias, acerca da:

2.1) não definição precisa e prévia do objeto no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, o que pode descaracterizar toda a pré-qualificação, contrariando o disposto no item 4.11.1 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98 c/c o art. 114, § 2º, e inciso I, do art. 40 da Lei n.º 8.666/93;

2.2) classificação dos participantes, de modo a eliminar aqueles que não alcançassem a pontuação obtida em função de um percentual dos primeiros colocados, bem como a previsão de limitação a um determinado número de qualificados previamente definidos, conforme itens 9.3, 9.5 e 9.6 do aludido edital, critérios que acabaram por ferir os Princípios da Competitividade e da Isonomia, previstos no **caput** e no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 c/c o item 1.8, alíneas "a" e "b", do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98;

2.3) atribuição de critérios desnecessários no edital, o que restringiu a classificação de participantes que só estariam aptos a participar do Grupo 'C' (apenas navios do tipo GLP), acarretando a eliminação destes, conforme itens 7.1.5, 9.3 a 9.6, 9.14 a 9.16 e 9.24 do aludido edital, em detrimento novamente dos Princípios da Competitividade e da Isonomia, previstos no **caput** e no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 c/c o item 1.8, alíneas 'a' e 'b', do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98; e

2.4) adoção do Ato de Gestão aprovado por meio da Ata da Diretoria n.º 240/2005, o qual incluiu como pré-qualificadas outras três empresas/consórcios na Pré-Qualificação n.º 01/2004, além daquelas indicadas pela Comissão de Licitação, afrontando diretamente os princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Isonomia previstos nos item 1.2 do Decreto n.º 2.745/98 c/c art. 3º da Lei n.º 8.666/93;

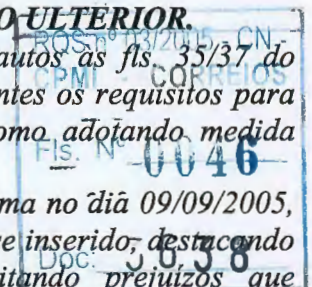
4) DA ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR E DE SUA SUSPENSÃO-ULTERIOR.

Em 05 de setembro de 2005, por meio de Despacho exarado nos autos às fls. 35/37 do Volume Principal, o Exmo. Ministro-Relator Guilherme Palmeira entendeu presentes os requisitos para concessão de medida cautelar, conhecendo da presente representação, bem como adotando medida cautelar proposta por esta Unidade Técnica.

Irresignada, a Transpetro interpôs agravo da decisão mencionada acima no dia 09/09/2005, informando o contexto histórico no qual o processo de pré-qualificação encontra-se inserido, destacando a necessidade premente de se soerguer a indústria naval brasileira, evitando prejuízos que representaram, em 2004, cerca de 10 bilhões de reais referentes ao pagamento de transporte marítimo a principalmente empresas estrangeiras, bem como a elevação do custo com afretamento por parte da Petrobras.

Em suma, mencionou que a aludida pré-qualificação integrava o Programa da Modernização e Expansão da Frota Marítima da Petrobras, cujo objetivo primordial era incentivar a construção naval no Brasil de modo a tornar os estaleiros nacionais competitivos no mercado internacional, além de garantir a nacionalização de 65% do conteúdo das embarcações.

Analizando as razões apresentadas pelos recorrentes, o Exmo. Ministro Relator reconsiderou sua decisão, por meio de Despacho exarado nos autos às fls. 75/79 do Anexo 2, sob ciência do Plenário



deste Tribunal, revogando, no dia 14 de setembro de 2005, nos termos do § 1º do art. 289 do RI/TCU, a medida cautelar adotada anteriormente, mantendo-se as demais determinações contidas nos autos.

Conforme se depreende da análise do referido agravo, os argumentos trazidos pela recorrente foram os seguintes:

1) Quanto à inexistência do “fumus boni iuris”:

- a) o objeto da Pré-Qualificação é preciso e claramente identificado;
- b) os critérios classificatórios e exigências do edital estão dentro da legalidade;
- c) a suposta eliminação do número de pré-qualificados não resultou na eliminação de qualquer deles, não havendo, portanto, prejuízo a direito alheio ou ao erário;
- d) os percentuais estabelecidos para a classificação dos pré-qualificantes foram fundamentados técnica e matematicamente, observando prática internacional;
- e) não procedência da alegação da Unidade Técnica do TCU de que a utilização de critérios classificatórios para os grupos B e C, com a participação de empresas já qualificadas no Grupo A, teria influenciado para que empresas fossem eliminadas daqueles grupos, apesar de, em princípio, poderem estar aptas a executar os objetos a serem licitados futuramente, tendo em vista que os licitantes não escolhiam qual grupo estariam concorrendo e o nível de complexidade era distinto entre os grupos; e
- f) o ato de gestão que inclui pré-qualificantes eliminados pelos critérios do instrumento convocatório é regular e legal;

2) Quanto à existência do ‘periculum in mora’ reverso:

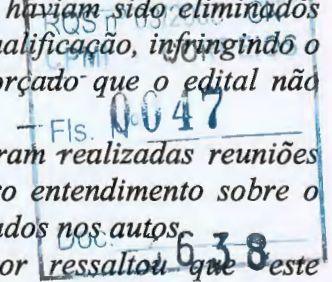
- a) urgência na implementação do PROMEF, conforme entendimento do próprio TCU (TC-009.196/2001-6), cujo atraso impedirá a geração de 20.000 empregos diretos e indiretos no Brasil e o restabelecimento da indústria naval brasileira;
- b) avançada idade média da frota atual da Transpetro, de 16 anos, influenciando na elevação de custos com manutenção e diminuição da eficiência e segurança operacionais;
- c) redução das despesas com afretamento realizadas pela Petrobras em cerca de 250 milhões de dólares americanos;
- d) o atraso na renovação da frota acarretará dano irreparável à Transpetro, tendo em vista as exigências estabelecidas pela Convenção Internacional para Prevenção da Poluição Causada por Navios – MARPOL da Organização Marítima Internacional – IMO;
- e) não há prejuízo a terceiros, pois todos os estaleiros que poderiam participar em condições de atender às exigências atuais de padrão da indústria naval mundial já estão participando da pré-qualificação; e
- f) o atraso no início das futuras contratações gera prejuízo direto ao país, em razão de, em 2004, já terem sido gastos cerca de 10 bilhões com transporte marítimo em geral, sendo apenas 4% com empresas nacionais.

Primeiramente, o Exmo. Ministro Relator deixa claro quais foram os indícios considerados por ele mais relevantes. A primeira irregularidade refere-se à restrição à competitividade imposta pela estipulação de critérios classificatórios que serviram, na verdade, como eliminatórios, configurando afronta inequívoca ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que, sendo dispositivo de ordem pública, caracteriza irregularidade passível de censura por este Tribunal, não podendo sequer ser convalidado. A segunda irregularidade destacada pelo Ministro refere-se à adoção de ato de gestão da Diretoria da Transpetro que inclui no certame mais três pré-qualificantes que haviam sido eliminados pela comissão de licitação, por não atenderem aos requisitos do edital de pré-qualificação, infringindo o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório. Além disso, ficou reforçado que o edital não continha exigências mínimas necessárias ao fornecimento do objeto.

Ocorre que, em seu despacho, o Ministro Relator informa que foram realizadas reuniões entre sua assessoria e representantes da Transpetro, as quais trouxeram outro entendimento sobre o assunto, complementando as informações e esclarecimentos anteriormente prestados nos autos.

Com base nessas novas informações, o Exmo. Ministro Relator ressaltou que este procedimento de pré-qualificação serve, bem dizer, não apenas para a compra dos navios a que se propõe, mas constitui-se no primeiro passo de um ambicioso programa de reestruturação da indústria naval brasileiro, tendo os atos praticados pelos gestores nesse processo que serem enfocados sob tal ótica.

Assim, o Ministro Relator entendeu que ‘o edital de pré-qualificação trouxe, ainda que de forma implícita, mas de forma objetivamente identificável, critério que pode ser aceito como exigência de



qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, em atendimento ao disposto na Constituição Federal', visando a 'incentivar que os estaleiros já implantados no país, bem assim aquelas empresas interessadas em ingressar no setor da construção naval, atingissem uma condição de 'competitividade', preços e prazos praticados no mercado internacional, conforme objetivo do programa, o que vai além de simples condições para fornecimentos de navios'.

Nesse entendimento, considerou ainda válida a adoção do ato de gestão questionado na representação em decorrência dos objetivos do PROMEF que justificou a inclusão de interessados anteriormente eliminados pela comissão de licitação. Quanto a esse ponto, o Ministro salienta que tal entendimento é singular, podendo em outras circunstâncias tal ato de gestão ser considerado ilegal.

Concluindo, em juízo de retratação, o Ministro afastou os indícios de irregularidades que configuravam a fumaça do bom direito, ficando prejudicada a adoção da medida cautelar objeto do referido agravo, apesar de não entender configurado o perigo na demora reverso alegado pela recorrente.

5) DAS OITIVAS APRESENTADAS PELA TRANSPETRO (fls. 02/22 do Anexo 3).

Tendo em vista que, em despacho exarado nos autos às fls. 75/79 do Anexo 2, o Exmo. Ministro Relator considerou mantidas as determinações propostas pela Unidade Técnica, a Transpetro encaminhou respostas das oitivas requeridas em 17/10/2005, de modo a 'aprofundar a justificativa' acerca dos pontos controvertidos.

Em primeiro lugar, traçou considerações sobre o histórico da criação da Transpetro, informando a situação da frota marítima da empresa ao longo dos anos e, em especial, nos dias atuais em que tal frota é composta de 52 navios petroleiros responsáveis pelo transporte de 2,7 milhões de Tonelagem Porte Bruto – TPB, o que representa 17% da demanda da Petrobras. Essa situação pode ser agravada com a implementação da exportação de produtos da Petrobras em cerca mais de 1 milhão de barris de petróleo e derivados nos próximos anos.

Outro ponto destacado pela Transpetro foi o aumento das atividades comerciais internacionais que utilizam o transporte marítimo, gerando um custo alto de afretamento de navios pela Petrobras. Assevera, ainda, que o déficit da 'conta-transporte' do país representa cerca de US\$ 10 bilhões em pagamentos, sendo apenas 4% destes a cargo de empresas nacionais.

Diante dessa situação, foi criado o Programa de Modernização e Expansão da Frota – PROMEF com vistas a viabilizar a renovação da frota da Companhia sob os seguintes argumentos: maior autonomia, maior previsibilidade dos custos de afretamento, independência das oscilações no preço do frete existentes, maiores flexibilidades logística e operacional, garantia de uma política de segurança, meio ambiente e saúde e de qualidade, 'expertise' em gerenciamento e operação de navios, garantia de manutenção do suprimento nacional em situação de crise e seu sigilo e responsabilidade social.

Informa que, em razão de ser mais vantajoso a curto prazo, a Transpetro poderia ter lançado edital para compra de navios por meio de uma concorrência internacional. Ocorre que não foi essa a opção adotada pelo PROMEF, que preferiu incentivar a construção de navios em estaleiros localizados no Brasil, por meio de elaboração de estudo para traçar um diagnóstico da indústria naval brasileira, incluindo análise de custos de aquisição de navios e encargos tributários inerentes e a viabilidade técnica e econômica do programa. Cita-se, ainda, entendimento do próprio TCU (TC 009.196/2001-6), que recomendou que a construção de navios observasse incentivar a competitividade da indústria naval nacional.

Quanto ao procedimento de pré-qualificação em tela, foi informada a baixa representatividade da construção de navios em território brasileiro em comparação com a demanda mundial, bem como que os estaleiros nacionais encontravam-se na segunda geração tecnológica, visto não haver por mais de 20 anos encomendas de petroleiros de grande porte aqui no país.

A Transpetro aduziu que a realização de pré-qualificação deveu-se em suma à preocupação em se evitar repetição desastrosa de experiências malsucedidas na compra de 4 navios ocorrida em 2001 por meio de concorrência, tendo em vista que a empresa vencedora à época, a EISA, não cumpriu o avençado por não obter financiamento junto ao BNDES. Ademais, a realização de pré-qualificação proporcionaria à Transpetro o conhecimento da situação patrimonial, financeira, fiscal e técnico-operacional das empresas que participariam da futura licitação.

A Transpetro ressalta que o objetivo do PROMEF é a modernização e a expansão da frota de navios da companhia com a construção de 42 navios nos próximos 10 anos, sendo dividida em duas

QJF 1103/2005
Nº 0048
8838

licitações distintas. A primeira licitação será responsável pela construção de 26 navios de todos os tipos previstos no edital de pré-qualificação, sendo realizada até 2010. Por sua vez, a segunda licitação, cujo objeto será a construção de 16 navios dos mesmos tipos da primeira, seria realizada até 2015.

As premissas do PROMEF que constam do edital de pré-qualificação foram a construção de navios no Brasil com um mínimo de 65% de conteúdo nacional e o incentivo a que os estaleiros brasileiros tornem-se competitivos internacionalmente, por meio da análise de curvas de aprendizado previamente definidas para assegurar tal competitividade.

A Transpetro menciona que, visando ao atingimento da chamada curva de aprendizado que viabilizasse a garantia de prazos e preços competitivos no mercado naval internacional, os pré-qualificantes deveriam comprovar porte mínimo de estrutura de seus estaleiros.

A Transpetro informa, também, que o processo de pré-qualificação foi concluído, tendo a Comissão de Licitação negado provimento aos recursos interpostos, sob ratificação do Presidente da Transpetro, mantendo-se o ato de gestão. Assim, foram pré-qualificadas sete empresas ou consórcios. Em seguida, a Transpetro publicou Carta-Convite n.º 006.8.020.05.0, referente à licitação para construção de 26 navios no âmbito do PROMEF.

Por fim, a Transpetro afirma, 'com total segurança, que o processo de pré-qualificação foi totalmente voltado para atingir os objetivos de suprir a necessidade de navios da TRANSPETRO, em consonância com a realidade política, econômica e conjuntural do setor naval mundial'.

Feito esse intróito, a Transpetro responde item a item às questões abordadas na Representação do TCU, os quais passaremos a analisar.

Quanto à não definição precisa e prévia do objeto no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004 (fls. 13/14 do Anexo 3).

A Transpetro justifica que, em razão da intenção do edital ser incentivar os estaleiros já implantados no país e as empresas interessadas em ingressar no setor da construção naval a atingirem condições de competitividade, preços e prazo no mercado internacional, não seria conveniente a definição do quantitativo de navios nesse momento do processo, buscando-se assim evitar a restrição do caráter competitivo do procedimento licitatório em tela. O intuito da pré-qualificação foi identificar interessados com capacidade de construir os tipos de navios indicados no edital.

Além disso, afirma que o Edital de Pré-Qualificação n.º 01/2004 contém todos os requisitos previstos no item 4.11.1 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, possuindo a indicação do objeto a ser licitado com todas as especificações necessárias à sua finalidade, pois a indicação apenas dos tipos dos navios a serem construídos seria tecnicamente suficiente, segundo padrão de construção adotado pela indústria naval, para considerar o objeto claro e preciso, fato comprovado pela apresentação de documentos exigidos no certame pelos licitantes. Nesse sentido, assevera que 'a indicação das quantidades dos navios não guardava relação com os critérios classificatórios utilizados na Pré-Qualificação', sendo a indicação do número de navios necessária apenas para que o licitante tenha condições de formular proposta de preço.

Quanto à classificação dos participantes, de modo a eliminar aqueles que não alcançassem a pontuação obtida em função de um percentual dos primeiros colocados, bem como a previsão de limitação a um determinado número de qualificados previamente definidos, conforme itens 9.3, 9.5 e 9.6 do aludido edital, critérios que acabaram por ferir os Princípios da Competitividade e da Isonomia, previstos no caput e no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 c/c o item 1.8, alíneas "a" e "b", do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98 (fls. 14/18 do Anexo 3).

A Transpetro informa que a pré-qualificação não se confunde com habilitação preliminar, pois abrange aferição criteriosa dos licitantes quanto a aspectos jurídicos, fiscais, econômicos, financeiros e técnicos, citando como fundamento ampla doutrina.

Nesse sentido, foram estipulados os aludidos critérios classificatórios com base no item 4.11.1 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98 e no item 4.1.7.3.1 do MPC, que estabelecem, em suma, que o edital de pré-qualificação indicará os requisitos necessários para participação dos licitantes, podendo ainda conter exigências outras, desde justificáveis jurídica e/ou tecnicamente. Desse modo, conclui que, com base nos dispositivos acima, é de responsabilidade única do edital a indicação dos requisitos da pré-qualificação em função da complexidade de cada caso, não havendo qualquer impedimento para a instituição de critérios classificatórios. Afirma, ainda, que tal entendimento é ratificado pela melhor doutrina aplicável ao caso.

3638

Doc: _____

Assevera que não houve restrição ao Princípio da Ampla Competitividade, tendo em vista que o edital abrangeu o maior número possível de empresas ou consórcios no mercado da indústria naval, facultando a todos os interessados a apresentação dos documentos da licitação.

A Transpetro menciona que os critérios classificatórios previstos no Edital de Pré-Qualificação n.º 01/2004 buscaram identificar os licitantes que efetivamente demonstrassem capacidade técnica e econômico-financeira para a execução do objeto a ser licitado em condições de competitividade com o mercado internacional, sendo, por isso, 'plenamente legítimo e legal que as empresas e consórcios que não atenderam a contento às condições exigidas no Edital não sejam convidados a participar dos futuros procedimentos licitatórios'.

Quanto aos percentuais estabelecidos para a classificação dos pré-qualificantes nos itens 9.3, 9.5 e 9.6 do referido edital, esses são fundamentados técnica e matematicamente conforme a 'melhor prática internacional'. Esses percentuais decorrem da intenção de que os licitantes atingissem um piso mínimo na ordem de 60% da pontuação total máxima prevista no edital, de modo a garantir que os pré-qualificados tivessem uma capacitação mínima para a execução do objeto a ser licitado.

Aduz, também, que o resultado da pré-qualificação comprovou a adequação dos critérios e pisos utilizados no edital, pois os pré-qualificados pontuaram na faixa de 70% a 80% da pontuação máxima. Ressalta, por derradeiro, que nenhum pré-qualificante foi excluído do certame em razão da limitação do número de pré-qualificados previsto nos itens 9.3, 9.5 e 9.6 do aludido edital.

Quanto à atribuição de critérios desnecessários no edital, o que restringiu a classificação de participantes que só estariam aptos a participar do Grupo "C" (apenas navios do tipo GLP), acarretando a eliminação destes, conforme itens 7.1.5, 9.3 a 9.6, 9.14 a 9.16 e 9.24 do aludido edital, em detrimento novamente dos Princípios da Competitividade e da Isonomia, previstos no caput e no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 c/c o item 1.8, alíneas "a" e "b", do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98 (fls. 18/19 do Anexo 3).

Menciona que os níveis de exigência estabelecidos para os grupos A, B e C levaram em consideração a complexidade dos tipos de navios em cada grupo, guardando a proporcionalidade necessária. Especificamente em relação à pontuação diferenciada atribuída a 'dique seco' e 'carreira' para a construção de navios do tipo GLP (Grupo C), a Transpetro entende que não constitui restrição à competição, mas um incentivo para que os licitantes viessem mais bem equipados, tornado-se mais competitivos no mercado internacional. Informa, ainda, que a aplicação dessa pontuação não influenciou no resultado certame.

Quanto à adoção do Ato de Gestão aprovado por meio da Ata da Diretoria n.º 240/2005, o qual incluiu como pré-qualificadas outras três empresas/consórcios na Pré-Qualificação n.º 01/2004, além daquelas indicadas pela Comissão de Licitação, afrontando diretamente os princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Isonomia previstos nos item 1.2 do Decreto n.º 2.745/98 c/c art. 3º da Lei 8.666/93 (fls. 19/21 do Anexo 3).

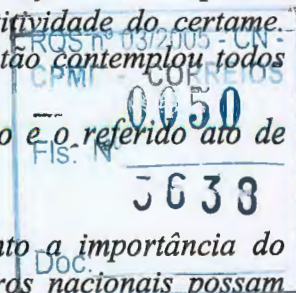
A Transpetro alega que, após a divulgação do resultado do certame pela Comissão de Licitação, a Diretoria da Companhia constatou que alguns eliminados detinham capacitação técnica compatível com a dos já pré-qualificados pelos critérios do edital, embora tivessem sido desclassificados em razão de sua pontuação econômico-financeira. Diante desse fato, discricionariamente e em prol do princípio da competitividade, publicou ato de gestão de forma a incluir mais três pré-qualificados, com fundamento no item 4.1.7.8.1 do MPC, que alcançaram pontuação técnica satisfatória prevista no edital. No dizer da própria Transpetro, tal decisão conferiu 'maior competitividade ao certame, tendo em vista que aumentou o número de participante' aptos a participar das futuras licitações, aumentando o rol de possíveis propostas vantajosas para a companhia.

Ressalta ainda que o aludido ato de gestão não viola o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, pois foi baseado nas regras do edital referentes à avaliação técnica, possui natureza discricionária, atende aos interesses da Transpetro e amplia a competitividade do certame. Outrossim, não houve violação ao Princípio da Isonomia, visto que o ato de gestão contemplou todos pré-qualificantes que se encontravam na mesma situação em termos técnicos.

Assevera que, por fim, o julgamento feito pela Comissão de Licitação e o referido ato de gestão possuem natureza jurídica distintas não podendo ser confundidos.

6) DAS ANÁLISES.

Preliminarmente, vale esclarecer que não é objeto de questionamento a importância do PROMEF e seu objetivo de desenvolver a indústria naval de modo que estaleiros nacionais possam



tornar-se competitivos internacionalmente em face do mercado da indústria naval. Repise-se que a importância do PROMEF em nenhum momento foi discutida por esta Unidade Técnica, mas tão-somente o procedimento licitatório que o viabilizará.

O que deve ser deixado claro é que os fins não podem justificar os meios e que questões de ordem pública devem ser observadas sempre. Se não fosse assim, tudo seria permitido em prol do desenvolvimento econômico nacional. Nesse sentido, vale citar trecho do Despacho do Exmo. Ministro Relator no qual assevera que a Constituição Federal atribui ao TCU competências que são indisponíveis e que o TCU 'sempre que os fatos exigirem deverá, como tem feito, agir independentemente de alegações, em especial desprovidas de plausibilidade, de que esta ação possa retardar, ainda que minimamente, as atividades fiscalizadas'.

Ao analisarem-se as justificativas apresentadas às fls. 02/22 do Anexo 3, em resposta às oitivas determinadas por este Tribunal, verifica-se que, na essência, foram as mesmas apresentadas anteriormente quando da interposição do agravo às fls. 01/13 do Anexo 2, não havendo novidade.

Por sua vez, apesar de interlocutória, a decisão que revogou em juízo de retratação a medida cautelar adotada, sob referendo do Plenário desta Corte de Contas, acabou por analisar também o mérito da questão ao afastar o requisito da fumaça do bom direito, diante das justificativas apresentadas pela Transpetro à época.

No entanto, ao examinar as oitivas apresentadas, cabem algumas considerações por parte desta Unidade Técnica.

Quanto à não definição precisa e prévia do objeto no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, vale informar que, a despeito do alegado, o fato de os licitantes apresentarem a documentação necessária não caracteriza que o objeto foi clara e precisamente definido, mas que os critérios e requisitos estipulados no edital o foram. Ocorre que, a despeito do alegado pela Transpetro, verifica-se a existência de correlação entre a definição do quantitativo e a estipulação dos critérios classificatórios técnicos e, principalmente, econômico-financeiros previstos no edital, em razão de as pontuações previstas deverem guardar relação com aquilo que se pretende contratar futuramente. Não sendo, portanto, razoável exigir dos licitantes nada além daquilo que se pretende futuramente contratar.

Como dito, a questão levantada naquela oportunidade pela representação foi se tais critérios e requisitos possuem coerência com a quantidade de navios a serem construídos futuramente, decorrendo daí a importância em se definir o número de lotes e as quantidades de navios de cada um para que não se exija dos licitantes capacitação acima do necessário.

Em que pese tal entendimento inicial desta Unidade Técnica, poder-se-ia admitir que a definição do objeto com base na identificação dos tipos de navios a serem contratados e a estipulação de critérios visasse ao alcance de um dos objetivos do PROMEF, qual seja, permitir que estaleiros nacionais fossem competitivos internacionalmente no âmbito da indústria naval como já enfatizado pela Transpetro.

Assim, nesse caso específico, pode-se considerar tal irregularidade afastada pelo fato de que o aludido edital de pré-qualificação não serviu apenas para a simples compra de navios, mas para viabilizar o referido programa. Entretanto, a regra é que haja, nos instrumentos convocatórios de cada licitação, a estipulação precisa e definida do objeto a ser licitado, conforme estabelecido no item 1.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98 c/c o art. 114, § 2º, e inciso I, do art. 40 da Lei n.º 8.666/93.

Em relação à pré-qualificação, deve-se observar que o item 4.11 do referido Regulamento Licitatório estabelece que um de seus objetivos é selecionar empresas para participação em futuros e específicos certames. Ora, não há como se especificar um certame sem definir o objeto em todos os seus aspectos, qualitativos e quantitativos.

Diante disso, cabe determinar à Transpetro que defina, em instrumentos convocatórios de suas licitações e pré-qualificações, o objeto a ser licitado de forma clara e precisa, indicando aspectos qualitativos e quantitativos, nos termos do item 1.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98 c/c o art. 114, § 2º, e inciso I, do art. 40 da Lei n.º 8.666/93.

Quanto à restrição à competitividade com a estipulação de critérios classificatórios que serviram como eliminatórios, ressalta-se que a questão da existência de 'outras exigências' nos casos de pré-qualificação já foi amplamente analisada na instrução de Representação elaborada por esta Unidade Técnica, no seguinte sentido:

'Destarte, as exigências e requisitos, ordinários ou adicionais, previstos no item 4.1.7.3.1 do MPC e no item 4.11.1 do Decreto n.º 2.745/98, mesmo que justificados técnica e/ou juridicamente, deverão observar o disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, de sorte que o Edital da Pré-Qualificação Internacional deveria apenas estabelecer os requisitos e exigências indispensáveis a garantir que as empresas qualificadas estariam aptas a executar o objeto a ser contratado'.

Vale transcrever ainda trecho daquela representação no qual tal assunto é tratado:

'Cumpre destacar que, em parecer elaborado acerca da análise do Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004 da Transpetro, o também parecerista Carlos Pinto Coelho Motta, já em outubro de 2004 (fls. 223/246 do Volume 1 do Anexo 1), alertou a Transpetro que a utilização de critérios de pontuação nessa fase de pré-qualificação torna-se inoportuna, coadunando-se mais com a fase de julgamento das propostas a ser realizada nos futuros convites. Questiona, ainda, a realização desses futuros convites, considerando ser mais conveniente, dado o volume de recursos envolvidos e a importância do PROMEF, a realização de concorrência, nos termos da Lei n.º 8.666/93 (fls. 243/245 do Volume 1 do Anexo 1)'.

Assim, não se poderia requerer dos licitantes outras exigências a não ser aquelas indispensáveis ao cumprimento do objeto a ser futuramente licitado, sendo este entendimento ratificado pelo parecer acima transcrito.

A restrição ao Princípio da Ampla Competitividade não se refere à possibilidade de participação de possíveis interessados no certame, sendo esta corolário do Princípio da Publicidade, mas que os licitantes interessados possam competir em iguais condições entre eles de acordo com o objeto a ser licitado.

É de se notar que, ao contrário da habilitação preliminar, a pré-qualificação abrange uma aferição mais criteriosa dos licitantes, sem prejuízo de exigir-se somente o indispensável para a execução dos objetos a serem contratados, conforme preceito constitucional já citado.

Não obstante as considerações acima, os critérios classificatórios previstos no Edital de Pré-Qualificação n.º 01/2004 buscaram identificar os licitantes que efetivamente demonstrassem capacidade técnica e econômico-financeira para a execução dos tipos indicados no edital em condições de competitividade com o mercado internacional. Entende-se, portanto, nesse caso específico, aceitável a alegação da Transpetro de que um dos objetivos do PROMEF é produzir navios com expressivo conteúdo nacionalizado em estaleiros nacionais que demonstrem capacidade de tornarem-se competitivos internacionalmente no mercado naval, independente do número de navios a ser futuramente licitados.

Como já considerado pelo Exmo. Ministro Relator, em Despacho exarado às fls. 75/79 do Anexo 2, 'o edital de pré-qualificação trouxe, ainda que de forma implícita, mas de forma objetivamente identificável, critério que pode ser aceito como exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, em atendimento ao disposto na Constituição Federal'. Entretanto, trata-se de situação singular na qual tal procedimento é justificado, tendo em vista que a referida pré-qualificação não serviu apenas para a compra de navios, mas visou atender a um dos objetivos do PROMEF já mencionado no parágrafo anterior.

A regra é que, nos instrumentos convocatórios de cada licitação, sejam utilizados apenas requisitos técnicos, jurídicos, financeiros e econômicos que assegurem que os licitantes possuam condições indispensáveis para executar a contento o objeto a ser contratado, estipulando um mínimo de capacitação a ser atingido, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República c/c o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 e o item 1.8, alíneas "a" e "b", do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, não restando dúvida que tais dispositivos se aplica ao procedimento de pré-qualificação, nos termos do art. 114, § 2º, da Lei n.º 8.666/93.

Portanto, em outras situações, não se configura razoável a adoção de critérios classificatórios dos participantes, de modo a eliminar aqueles que não alcançassem a pontuação obtida em função de um percentual dos primeiros colocados, bem como a previsão de limitação a um determinado número de qualificados previamente definidos.

Segundo alegação da Transpetro à fl. 17 do Anexo 3, os critérios fundamentaram-se na estimativa de que 'os licitantes melhores qualificados técnica e economicamente lograriam uma pontuação entre 80% e 90% dos pontos máximos possíveis. Assim, foram elaborados estudos matemáticos para o estabelecimento de percentuais de forma que a última colocação alcançasse uma pontuação mínima de aproximadamente 60% da pontuação máxima'. Segundo a Transpetro, essa pontuação teve 'como objetivo a garantia da participação de licitantes com um mínimo de capacitação aceitável para a execução do objeto licitado'.

Nota-se que, em tese, não haveria como se assegurar, de antemão, quais seriam as pontuações dos primeiros licitantes, pois estes poderiam ter pontuação na faixa de 70%, diminuindo, assim, a pontuação mínima, vez que esta pontuação foi calculada em função dos pontos dos primeiros colocados.

Por sua vez, considerando que o terceiro pré-qualificado, em tese, obtivesse pontuação em torno de 90% da pontuação máxima do edital, no caso do Grupo A, conforme expectativa da própria Transpetro, à fl. 17 do Anexo 3, o sexto colocado alcançaria a pontuação de 77,16% da pontuação máxima prevista do edital, conforme cálculos a seguir:

3º Colocado – 90% - acima do limite de $((100\% + 100\%)/2) \times 80\% = 80\%$

4º Colocado – $90\% \times 95\% = 85,5\%$

5º Colocado – $85,5\% \times 95\% = 81,23\%$

6º Colocado – $81,23\% \times 95\% = 77,16\%$

Observa-se, nessa hipótese, que, caso um licitante alcançasse até 77% da pontuação máxima total prevista no edital, não estaria pré-qualificado, em razão dos critérios classificatórios que serviram como eliminatórios, conforme se verifica acima.

Portanto, não se pode afirmar, a menos que se saiba previamente quais as pontuações dos primeiros colocados, que os critérios matemáticos utilizados no edital garantiriam a capacitação mínima indispensável prevista na Constituição, assim como não se pode afastar a possibilidade de os critérios serem excessivos.

Convém lembrar que o objetivo de uma licitação, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 c/c item 1.2 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, é selecionar a proposta mais vantajosa e, não, o melhor fornecedor ou prestador de serviços.

Diante disso, cabe determinar à Transpetro que se abstenha de estabelecer em procedimentos licitatórios, inclusive de pré-qualificação, critérios classificatórios que utilizem, como parâmetro de eliminação do certame, a pontuação dos primeiros colocados, bem como previsão de limitação a um determinado número de qualificados previamente definido, por contrariarem os Princípios da Competitividade e da Isonomia, limitando-se a estabelecer requisitos técnicos, jurídicos, financeiros e econômicos indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações a serem contratadas, com a estipulação de um mínimo de capacitação a ser atingido, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República c/c o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 e o item 1.8, alíneas 'a' e 'b', do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98.

Em que pesem as considerações e determinação acima, tendo em vista o exame em tese da questão, quanto aos percentuais estabelecidos para a classificação dos pré-qualificantes nos itens 9.3, 9.5 e 9.6 do referido edital, conforme informações apresentadas juntamente com as oitivas, permanece ainda, no caso concreto, a dúvida sobre qual seria a capacitação mínima indispensável ao cumprimento do objeto a ser licitado conforme preceito constitucional.

Vale ressaltar que a intenção da Transpetro é de que os licitantes atinjam um piso mínimo na ordem de 60 % da pontuação máxima prevista no edital, de modo a garantir que os pré-qualificados tivessem uma capacitação mínima para a execução do objeto a ser licitado. Além disso, a própria Transpetro afirmou, à fl. 17 do Anexo 3, que 'não seria razoável admitir que um interessado que não fosse capaz de alcançar 50% das exigências, estivesse habilitado para executar os objetos de futuras licitação'. No entanto, o resultado final dessa pré-qualificação, incluindo os pré-qualificados pela comissão de licitação e pelo ato de gestão, não logrou atender a tais premissas conforme se constata a seguir.

Procedeu-se ao cálculo da pontuação final prevista no edital (pontuação técnica mais pontuação econômico-financeira dos pré-qualificados, conforme planilha elaborada pela Transpetro - fls. 70/71 do Anexo 2) e do respectivo percentual dessa pontuação em relação à pontuação final máxima estabelecida no item 9.26 do Edital. Observa-se que a Pontuação Econômico-Financeira Máxima (Item 9.17 do Edital) é 68 pontos.

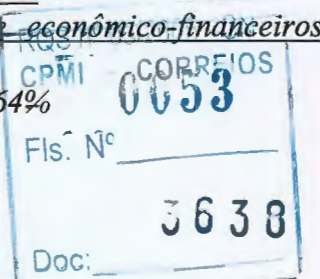
Grupo A – Pontuação Total Máxima (Item 9.26 do Edital) – 166 pontos

Pré-Qualificados para o Grupo A segundo critérios técnicos e econômico-financeiros (pontuação final):

Consórcio Camargo Correa Andrade Gutierrez – 115,6 pontos – 69,64%

Consórcio Rio Naval – 111,6 pontos – 67,23%

Consórcio Rio Grande – 110,4 pontos – 66,51%



Keppel Fels/Brasfels – 94,1 pontos – 56,69% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Grupo B – Pontuação Total Máxima (Item 9.26 do Edital) – 160

Pré-Qualificados para o Grupo B segundo critérios técnicos e econômico-financeiros (pontuação final):

Consórcio Rio Naval – 111,2 pontos – 69,5%

Consórcio Camargo Correa Andrade Gutierrez – 106,2 pontos – 66,34%

Consórcio Rio Grande – 105,9 pontos – 66,19%

Estaleiro Rio Grande – 100,8 pontos – 63,0%

Keppel Fels/Brasfels – 66,23 pontos – 41,39% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Mauá Jurong – 62,13 pontos – 38,83% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

EISA – 52,7 pontos – 32,94% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Grupo C – Pontuação Total Máxima (Item 9.26 do Edital) – 150 pontos

Pré-Qualificados para o Grupo C segundo critérios técnicos e econômico-financeiros (pontuação final):

Consórcio Rio Naval – 101,7 pontos – 67,8%

Consórcio Camargo Correa Andrade Gutierrez – 96,2 pontos – 64,13%

Estaleiro Rio Grande – 94,4 pontos – 62,93%

Consórcio Rio Grande – 93,8 pontos – 62,53%

Mauá Jurong – 72,88 pontos – 48,59% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Keppel Fels/Brasfels – 69,43 pontos – 46,29% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

EISA – 50,8 pontos – 33,87% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Considerando o piso mínimo de capacitação pretendido pela Transpetro, à fl. 17 do Anexo 3, de 60% da pontuação máxima total estabelecida técnica e matematicamente no edital, verifica-se que os três pré-qualificados em razão do Ato de Gestão não alcançaram tal piso de 60% em sua pontuação final conforme cálculos elaborados pela própria Transpetro, o que leva a crer que tais empresas não possuem condições de executar os objetos a serem licitados, nem alcançarão o nível de competitividade desejado no âmbito do PROMEF, não se tornando competitivas internacionalmente, prejudicando por fim um dos objetivos do programa. Vale dizer que os pré-qualificados que não alcançaram o mínimo de capacitação pretendido pela própria Transpetro estão destacados nas listas acima em negrito.

Ademais, os pré-qualificados por meio do aludido ato de gestão mencionados abaixo não alcançaram nem o percentual de 50% da pontuação total descrita no edital e, no dizer da própria Transpetro à fl. 17 do Anexo 3 e também de certo modo à fl. 09 do Anexo 2, 'não seria razoável admitir que um interessado que não fosse capaz de alcançar 50% das exigências, estivesse habilitado para executar os objetos de futuras licitações'. São eles:

Grupo B:

Keppel Fels/Brasfels – 66,23 – 41,39% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Mauá Jurong – 62,13 – 38,83% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

EISA – 52,7 – 32,94% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Grupo C:

Mauá Jurong – 72,88 – 48,59% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Keppel Fels/Brasfels – 69,43 – 46,29% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

EISA – 50,8 – 33,87% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Nesse sentido, vale transcrever trechos das oitivas apresentadas pela Transpetro, à fl. 17 do Anexo 3, no qual afirma que o 'resultado concreto da pré-qualificação comprovou a adequação dos critérios e pisos utilizados no Edital, visto que o universo de empresas pré-qualificadas pontuou na faixa de 70% a 80% da pontuação máxima, enquanto as demais não qualificadas tiveram pontuação significativamente inferior (em geral, abaixo de 50% da pontuação máxima)'.

Diante dessa afirmação, a própria Transpetro admite que os não pré-qualificados pelos critérios estabelecidos no edital, dentre eles os três pré-qualificados pelo ato de gestão, não alcançaram a pontuação mínima de 50%, corroborando a argumentação trazida nos parágrafos anteriores.

Sob outro prisma, considerando, ainda, apenas a pontuação técnica pretendida no edital conforme metodologia adotada para a expedição do aludido ato de gestão, procedeu-se agora ao cálculo

da pontuação técnica dos pré-qualificados conforme dados obtidos da planilha elaborada pela Transpetro (fls. 68/71 do Anexo 2) e do respectivo percentual dessa pontuação em relação à pontuação máxima estabelecida no item 9.25 do Edital. Desse modo, será possível aferir se de acordo com os critérios utilizados na adoção do referido ato de gestão, os pré-qualificados estariam em condições de garantir o mínimo pretendido pela Transpetro, visando a cumprir os objetivos do PROMEF.

Grupo A – Pontuação Técnica Máxima (Item 9.25 do Edital) – 98 pontos

Pré-Qualificados para o Grupo A segundo critérios técnicos:

Consórcio Rio Naval – 69,6 pontos – 71,02%

Keppel Fels/Brasfels – 59,9 pontos – 61,12% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Consórcio Camargo Correa Andrade Gutierrez – 56,1 pontos – 57,25%

Grupo B – Pontuação Técnica Máxima (Item 9.25 do Edital) – 92 pontos

Pré-Qualificados para o Grupo B segundo critérios técnicos:

Consórcio Rio Naval – 65,6 pontos – 71,3%

Keppel Fels/Brasfels – 54,83 pontos – 59,6% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

EISA – 48,7 pontos – 52,94% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Estaleiro Rio Grande – 47,8 pontos – 51,96%

Consórcio Camargo Correa Andrade Gutierrez – 46,7 pontos – 50,76%

Consórcio Rio Grande – 44,9 pontos – 48,80%

Mauá Jurong – 44,13 pontos – 47,97% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Grupo C – Pontuação Técnica Máxima (Item 9.25 do Edital) – 82 pontos

Pré-Qualificados para o Grupo C segundo critérios técnicos:

Consórcio Rio Naval – 54,0 pontos – 65,85%

Mauá Jurong – 48,88 pontos – 59,61% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Keppel Fels/Brasfels – 48,43 pontos – 59,06% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

EISA – 46,8 pontos – 57,07% (inserido posteriormente pelo Ato de Gestão)

Como dito, os cálculos acima foram feitos levando-se em conta a nova metodologia adotada para a expedição do Ato de Gestão ora questionado, na qual foram considerados apenas a pontuação técnica dos pré-qualificantes para efeitos de classificação destes. Se ainda considerarmos que o piso mínimo de capacitação pretendido pela Transpetro, à fl. 17 do Anexo 3, de 60% refere-se somente à pontuação máxima técnica estabelecida também 'técnica e matematicamente' no edital, verifica-se que, nesse caso, não só os três pré-qualificados pelo aludido ato de gestão, mas alguns pré-qualificados pela Comissão de Licitação também não alcançaram tal piso de 60% em sua pontuação técnica conforme estipulado pela própria Transpetro, o que leva a crer que tais empresas, também sob tal ponto de vista, não possuem condições técnicas de executar os objetos a serem licitados, nem alcançarão o nível de competitividade desejado no âmbito do PROMEF, não se tornando competitivas internacionalmente, prejudicando por fim um dos objetivos do programa. Vale dizer que os pré-qualificados que não alcançaram o mínimo técnico pretendido pela própria Transpetro estão destacados nas listas acima em negrito.

Quanto à adoção do Ato de Gestão aprovado por meio da Ata da Diretoria n.º 240/2005, algumas considerações merecem ser feitas.

Como dito pelo Exmo. Ministro Relator em Despacho que revogou a medida cautelar anteriormente adotada, à fl. 78 do Anexo 2, a adoção do aludido ato de gestão 'reforçou o juízo de que os critérios estabelecidos no edital de pré-qualificação, de fato, restringiram a competitividade, já que o ato de gestão incluiu empresas eliminadas por tais critérios'. Ressaltou ainda que, após a complementação de informações e os esclarecimentos prestados pela Transpetro à época, 'o ato de gestão foi apreciado em cognição sumária e na ótica de que este procedimento insere mais do que uma compra de navio', podendo ser considerado legal apenas nesse caso concreto.

A Transpetro confirmou, à fl. 20 do Anexo 3, que a adoção do referido ato de gestão 'aumentou o rol de possíveis propostas mais vantajosas aos interesses da Companhia', em benefício do Princípio da Ampla Competitividade. Com tais afirmações, a própria Transpetro, conforme já tinha sido destacado pelo Ministro Relator do TCU, admite em contraditório que havia necessidade de se ampliar o número de pré-qualificados pelos critérios do edital, o que leva a crer que este restringiu a competição.

Um dos argumentos trazidos pela Transpetro, à época no agravo e agora com as alegações, para a adoção do aludido ato de gestão foi que os três pré-qualificados beneficiados por este possuíam condição técnica compatível com as dos já pré-qualificados pela Comissão de Licitação, estando em

condições de construir navios com preços e prazos competitivos em nível internacional, cumprindo assim um dos objetivos do PROMEF.

Ocorre que, como vimos anteriormente, os pré-qualificados por meio do referido ato de gestão não possuem capacitação total (técnica e econômico-financeiro), nem ao menos técnica, exigida como um mínimo indispensável para a execução do objeto e cumprimento do objetivo do programa em que se insere, à exceção da Keppel/BrasFels no grupo A que atingiu o mínimo técnico de 60%, conforme intenção da Transpetro.

Ademais, os beneficiados pelo aludido ato de gestão não alcançaram nem o percentual de 50% da pontuação total descrita no edital para os grupos B e C e, no dizer da própria Transpetro à fl. 17 do Anexo 3, 'não seria razoável admitir que um interessado que não fosse capaz de alcançar 50% das exigências, estivesse habilitado para executar os objetos de futuras licitações'.

Por oportuno, vale dizer que, apesar de terem naturezas jurídicas distintas, conforme destacou a Transpetro à fl. 21 do Anexo 3, o resultado da citada pré-qualificação, por meio de julgamento da comissão de licitação, e o aludido ato de gestão emitido pela Diretoria da Companhia possuem a mesma finalidade, ou seja, selecionar empresas ou consórcios aptos a executar os objetos a serem licitados, atendendo aos objetivos do PROMEF.

A adoção do ato de gestão fundamentou-se no subitem 4.1.7.8.1, alínea 'c', do Manual de Procedimentos Contratuais da Petrobras, o qual estabelece a possibilidade de participação de licitante, dependendo de autorização do Titular do Órgão, de 'empresa cuja avaliação econômica-financeira importou na obtenção de grau NR (não recomendável), nos termos dos critérios estabelecidos no Edital'.

Como já analisado na Representação que deu origem a este processo, verifica-se, com base no resultado apresentado quando do julgamento feito pela comissão de licitação, às fls. 169/171 do Anexo 1, que as empresas foram desqualificadas por não terem alcançado pontuação final, que decorre da soma da pontuação técnica com a econômico-financeira, suficiente nos termos do edital. Logo, não houve desqualificação com base apenas na pontuação econômico-financeira'.

Essa questão já foi tratada no âmbito da aludida Representação, na qual há menção de que o Edital da Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004 não fixou nota mínima relativa ao aspecto econômico-financeiro, tendo estipulado como critérios eliminatórios para os grupos 'A', 'B' e 'C' descritos nos seus itens 9.3, 9.5 e 9.6, pisos calculados em função das notas finais obtidas pelas empresas (fls. 22/23 do Anexo 1). Assim não há no edital regras que permitam aferir se uma nota econômico-financeira ou técnica é recomendável ou não, havendo, no máximo, a possibilidade de indicar as notas finais que são adequadas ou não, de acordo com o piso de capacitação estipulado em 60% da pontuação máxima prevista no referido edital.

Nesse entendimento, ressalta-se que o subitem 4.1.7.8.1, inserido no item do aludido manual que trata apenas da qualificação econômico-financeira dos pré-qualificantes, prevê a possibilidade de inclusão de novos pré-qualificados somente nas situações em que fossem estabelecidos no edital critérios econômico-financeiros eliminatórios, o que não ocorreu no caso ora em exame.

Dessa forma, considerando que o edital da pré-qualificação não estipulou nota econômica-financeira mínima com a finalidade de eliminar do processo os pré-qualificantes que não a atingissem, considerando que as empresas que se beneficiaram do ato de gestão se tivessem obtido uma nota técnica maior não teriam sido desqualificadas, considerando que o edital estipulou qualificação baseada na pontuação total, depreende-se que não há suporte legal para a edição do ato de gestão nos termos em que foi expedido.

Assim, não obstante corroborar a restrição de competitividade do edital, os três pré-qualificados por intermédio do aludido ato de gestão não teriam, no entendimento da própria Transpetro, condições mínimas exigidas por ela, sejam em relação a critérios técnicos e econômico-financeiros ou só técnicos, para executar o objeto das futuras licitações decorrentes dessa pré-qualificação, de modo a cumprir um dos principais objetivos do PROMEF, qual seja, tornar-se competitivos internacionalmente no âmbito da indústria naval.

Diante do exposto, considerando que os pré-qualificados pelo aludido Ato de Gestão não demonstram capacitação técnica e econômico-financeira mínima de 60% da pontuação estabelecida no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, exigida para o cumprimento dos objetivos do PROMEF, e que não houve embasamento normativo para fundamentar tal ato de gestão, cabe determinar à Transpetro que revogue o Ato de Gestão aprovado por meio da Ata da Diretoria n.º 240/2005, emitido em 13/07/2005, e, por conseguinte, exclua do Convite n.º 006.8.020.05.0 as três

empresas/consórcios beneficiados por esse ato de gestão, tendo em vista que os pré-qualificados beneficiados por este ato não demonstraram possuir capacitação técnica e econômico-financeira mínima de 60% da pontuação estabelecida no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, exigida para o cumprimento dos objetivos do PROMEF, informando a esta Corte de Contas, no prazo de 5 (cinco) dias, as medidas adotadas.

Por fim, quanto à atribuição de critérios desnecessários no edital, o que restringiria a classificação de participantes que só estariam aptos a participar do Grupo "C" (apenas navios do tipo GLP), acarretando a eliminação destes, verifica-se que realmente as pontuações T3a e T3b (fl. 43 do Anexo 1) somam mais 14,5 pontos àqueles licitantes participantes do Grupo C que possuem dique seco ou possuam projeto de planta industrial para tê-lo e que, conforme aduz a Transpetro à fl. 19 do Anexo 3, com a aplicação de tal pontuação 'não haveria alteração no resultado final da pré-qualificação'. Assim, considerando que não houve alteração do resultado do certame, tal irregularidade encontra-se elidida.

5) CONCLUSÕES

Constata-se que os argumentos trazidos pela Transpetro foram os mesmos já descritos em agravo interposto anteriormente em face de despacho que concedeu medida cautelar de suspensão do citado procedimento, tendo nesta oportunidade apenas apresentado maiores detalhes nas oitivas que não mudam a essência das alegações. Quanto às outras irregularidades, verifica-se que estas já foram analisadas pelo TCU, pois as justificativas apresentadas às fls. 02/22 do Anexo 3, em resposta às oitivas determinadas pelo TCU, foram, na essência, as mesmas apresentadas anteriormente quando da interposição do agravo às fls. 01/13 do Anexo 2, não havendo novidade. Como dito, a Decisão que revogou em juízo de retratação a medida cautelar adotada sob referendo do Plenário deste Tribunal acabou por analisar o mérito das questões referentes a tais irregularidades ao afastar o requisito da fumaça do bom direito nesse outros casos, diante das justificativas apresentadas pela Transpetro à época.

Tais argumentos já foram analisados pelo Ministro Relator, que, sob ciência do Plenário deste Tribunal, ao considerar procedente o aludido agravo, revogou a referida medida cautelar, no sentido de que todas as irregularidades, em cognição sumária, foram afastadas, tendo em vista que o procedimento de pré-qualificação ora em comento serviu não apenas para a compra de navios, mas para reestruturar a indústria naval brasileira por meio do PROMEF. Contudo, algumas ponderações devem ser feitas.

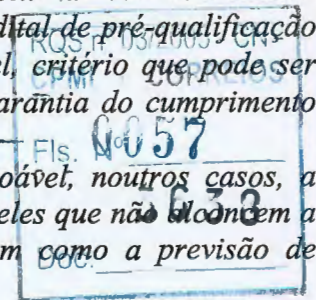
Quanto à não definição precisa e prévia do objeto no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, no caso concreto, pode-se considerar tal irregularidade afastada pelo fato de que o aludido edital de pré-qualificação não serviu apenas para a simples compra de navios, mas para viabilizar o referido programa. Entretanto, a regra é que haja, nos instrumentos convocatórios de cada licitação, a estipulação precisa e definida do objeto a ser licitado, conforme estabelecido no item 1.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98 c/c o art. 114, § 2º, e inciso I, do art. 40 da Lei n.º 8.666/93.

Diante disso, cabe determinar à Transpetro que defina, em instrumentos convocatórios de suas licitações e pré-qualificações, o objeto a ser licitado de forma clara e precisa, indicando aspectos qualitativos e quantitativos.

Quanto à restrição à competitividade com a estipulação de critérios classificatórios que serviram como eliminatórios, vale transcrever, mais uma vez, trecho do Despacho do Exmo. Ministro Relator exarado às fls. 75/79 do Anexo 2, no qual há entendimento de que 'o edital de pré-qualificação trouxe, ainda que de forma implícita, mas de forma objetivamente identificável, critério que pode ser aceito como exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, em atendimento ao disposto na Constituição Federal'.

Trata-se, portanto, de situação singular, não se configurando razoável, noutros casos, a adoção de critérios classificatórios dos participantes que venham a eliminar aqueles que não alcancem a pontuação obtida em função de um percentual dos primeiros colocados, bem como a previsão de limitação a um determinado número de qualificados previamente definido.

Não se pode afirmar, a menos que se saiba previamente quais as pontuações dos primeiros colocados, que os critérios matemáticos utilizados no edital garantiriam a capacitação mínima indispensável prevista na Constituição.



Diante disso, cabe determinar à Transpetro que se abstenha de estabelecer em procedimentos licitatórios, inclusive de pré-qualificação, critérios classificatórios que utilizem, como parâmetro de eliminação do certame, a pontuação dos primeiros colocados, bem como previsão de limitação a um determinado número de qualificados previamente definido, por contrariarem os Princípios da Competitividade e da Isonomia, limitando-se a estabelecer requisitos técnicos, jurídicos, financeiros e econômicos indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações a serem contratadas, com a estipulação de um mínimo de capacitação a ser atingido, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República c/c o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 e o item 1.8, alíneas 'a' e 'b', do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98.

Por sua vez, na apresentação das oitivas, a Transpetro deixou claro que o edital de pré-qualificação considerou como mínimo admitido para pré-qualificar os licitantes, segundo mandamento constitucional, o percentual de 60% da capacitação total conforme os critérios nele estabelecidos. Afirmou, ainda, que seria inaceitável pré-qualificar licitantes que obtivessem menos de 50% dessa capacitação.

A expedição do aludido Ato de gestão, apesar da intenção de ampliar o rol de pré-qualificados, mostrou-se temerária e fundamentou-se em premissas equivocadas à medida que pré-qualificou três empresas que não possuíam capacitação técnica e econômico-financeira, ou mesmo somente técnica, mínima estipulada pela própria Transpetro, fato que pode comprometer o alcance dos objetivos do PROMEF e, em especial da própria Transpetro, como preços acima do mercado internacional, atrasos na entrega dos navios e fragilidades técnicas na execução do contrato.

Diante desse fato, observa-se que todos os três pré-qualificados pelo Ato de Gestão aprovado por meio da Ata da Diretoria n.º 240/2005, expedido pela Diretoria da Transpetro em 13/07/2005, não alcançaram o percentual de 60%, ficando até abaixo dos 50% de capacitação que seria razoável admitir nesse caso, o que leva a crer que tais licitantes não possuem condições mínimas exigidas pela própria Transpetro para se enquadrarem nos objetivos do PROMEF.

Verifica-se, ainda, que o edital da pré-qualificação não estipulou nota econômica-financeira mínima com a finalidade de eliminar do processo os pré-qualificantes que não a atingissem. Caso as empresas que se beneficiaram do ato de gestão tivessem obtido uma nota técnica maior, estas não teriam sido desqualificadas, considerando que o edital estipulou qualificação baseada na pontuação total. Assim, depreende-se que não há suporte legal para a edição do ato de gestão nos termos em que foi expedido.

Assim, considerando que os pré-qualificados pelo aludido Ato de Gestão não demonstram capacitação técnica e econômico-financeira mínima de 60% da pontuação estabelecida no aludido edital e que não houve embasamento no Manual de Procedimentos Contratuais da Petrobras para fundamentar tal ato de gestão, cabe determinar à Transpetro que revogue o Ato de Gestão aprovado por meio da Ata da Diretoria n.º 240/2005, emitido em 13/07/2005, e, por conseguinte, exclua do Convite n.º 006.8.020.05.0 as três empresas/consórcios beneficiados por esse ato de gestão, tendo em vista que os pré-qualificados beneficiados por este ato não demonstraram possuir capacitação técnica e econômico-financeira mínima de 60% da pontuação estabelecida no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, exigida para o cumprimento dos objetivos do PROMEF, informando a esta Corte de Contas, no prazo de 5 (cinco) dias, as medidas adotadas.

Por fim, vale informar que a primeira licitação para a compra de 26 navios já foi desflagrada pela Transpetro (fls. 110/133 do Anexo 6), na qual são estipulados critérios de classificação dos licitantes por meio de fórmulas que contemplam aspectos de prazo, de cronograma de pagamentos, de conteúdo de local, de qualidade, como forma de ponderação dos preços ofertados, de modo a aferir o menor preço do licitante.

Há, ainda, necessidade de se aferir se os preços ofertados pelos licitantes encontram-se dentro de parâmetros definidos no mercado naval internacional, identificando se eventuais variações de preço podem ser consideradas razoáveis.

Observa-se, também, que o Estaleiro Itajaí, por decisão judicial, está participando do Convite n.º 006.8.020.05.0, conquanto tenha sido desclassificado pelo Edital de Pré-Qualificação n.º 01/2004, por não atender à capacitação exigida neste, conforme notícia veiculada recentemente na mídia (fls. 134/139 do Anexo 6). Nesse sentido, ressalta-se que, à fl. 105 do Anexo 6, os advogados contratados pela Transpetro, em agravo interposto contra decisão liminar de inclusão do Estaleiro Itajaí

no certame, asseveraram que esse Estaleiro não logrou alcançar os requisitos mínimos para sua pré-qualificação, situação similar a dos estaleiros abrangidos pelo referido ato de gestão.

Ademais, conforme notícia veiculada na mídia às fls. 134/135 do Anexo 6, os 'preços cobrados pelo Mauá Jurong ficam acima do esperado pela Transpetro' para a construção de navios do Lote 4, o que pode corroborar a possibilidade de que tal empresa, pré-qualificada pelo ato de gestão, não possuir, na análise da própria Transpetro, condições de executar a contento o objeto a ser contratado, a preços competitivos internacionalmente.

Diante dessas considerações, faz-se necessária a transformação deste processo em Acompanhamento, nos termos dos arts. 241 e 242 do Regimento Interno do TCU, obtendo autorização, desde logo, para a realização de inspeção, nos termos dos arts. 230 e 240 do Regimento Interno do TCU, a ser realizada na sede da Transpetro, localizada na cidade do Rio de Janeiro/RJ, com vistas a examinar a legalidade e economicidade do procedimento licitatório realizado por meio da Carta-Convite n.º 006.8.020.05.0, referente à licitação para construção de 26 navios no âmbito do PROMEF.

6) PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO.

Considerando que as justificativas apresentadas foram, na essência, as mesmas descritas no agravo interposto, tendo sido analisadas pelo Exmo. Ministro Relator, sob ciência do Plenário deste TCU.

Considerando que o procedimento de pré-qualificação serviu não apenas para a compra de navios, mas para reestruturar a indústria naval brasileira por meio do PROMEF.

Considerando que foi deflagrado o Convite n.º 006.8.020.05.0 e que, de acordo com notícias veiculadas em mídia, há participação de outros consórcios/empresas que não aquelas que foram pré-qualificadas anteriormente, bem como há indícios de que o preço ofertado por uma pré-qualificada está acima do mercado.

Considerando que o Ato de Gestão aprovado por meio da Ata da Diretoria n.º 240/2005, emitido em 13/07/2005, pré-qualificou três empresas/consórcios que não possuíam o mínimo estipulado pela Transpetro como o indispensável para execução do objeto e atendimento aos objetivos do PROMEF, bem como não possuía amparo no MPC da Petrobras.

Diante do exposto, encaminham-se os autos à consideração superior, propondo a este Tribunal que:

a) seja determinado à Transpetro, nos termos do art. 43, inciso I, da Lei n.º 8.443/92, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

a.1) proceda a revogação do Ato de Gestão aprovado por meio da Ata da Diretoria n.º 240/2005, emitido em 13/07/2005, e, por conseguinte, exclua do Convite n.º 006.8.020.05.0 as três empresas/consórcios beneficiados por esse ato de gestão, tendo em vista que os pré-qualificados beneficiados por este ato não demonstraram possuir capacitação técnica e econômico-financeira mínima de 60% da pontuação máxima estabelecida no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, exigida para o cumprimento dos objetivos do PROMEF, informando a esta Corte de Contas, no prazo de 5 (cinco) dias, as medidas adotadas;

a.2) defina, em instrumentos convocatórios de suas licitações e pré-qualificações, o objeto a ser licitado de forma clara e precisa, indicando aspectos qualitativos e quantitativos, nos termos do item 1.3 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98 c/c o art. 114, § 2º, e inciso I, do art. 40 da Lei n.º 8.666/93;

a.3) se abstenha de estabelecer em procedimentos licitatórios, inclusive de pré-qualificação, critérios classificatórios que utilizem, como parâmetro de eliminação do certame, a pontuação dos primeiros colocados, bem como previsão de limitação a um determinado número de qualificados previamente definido, por contrariarem os Princípios da Competitividade e da Isonomia, limitando-se a estabelecer requisitos técnicos, jurídicos, financeiros e econômicos indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações a serem contratadas, com a estipulação de um mínimo de capacitação a ser atingido, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República c/c o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 e o item 1.8, alíneas 'a' e 'b', do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98; e

b) seja determinada a conversão deste processo em Acompanhamento, nos termos dos arts. 241 e 242 do Regimento Interno do TCU, obtendo autorização, desde logo, para a realização de inspeção, nos termos dos arts. 230 e 240 do Regimento Interno do TCU, a ser realizada na sede da Transpetro, localizada na cidade do Rio de Janeiro/RJ, com vistas a examinar a legalidade e

PROCESSO Nº 03211-2005-00000000-00000000
CN-
PM-
CORREIOS
3838
FIS. Nº
Doc

É o Relatório.

VOTO

A presente Representação foi formulada pela equipe da 1ª Secretaria de Controle Externo- 1ª SECEX, no curso da Auditoria Fiscalis n.º 928/2005, em razão de indícios de irregularidades graves no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, que objetivava selecionar empresas nacionais, estrangeiras e consórcios para participarem de futura licitação para a construção de navios petroleiros, assim sumariadas:

- 1) Falta de identificação precisa e clara do objeto da pré-qualificação;
- 2) Restrição à competitividade, com a estipulação de critérios classificatórios que serviram, na verdade, como eliminatórios;
- 3) Expedição de ato de gestão pela Diretoria da Transpetro, incluindo três pré-qualificantes que haviam sido eliminados pela comissão de licitação por não atenderem aos requisitos do edital de pré-qualificação.

Uma vez observado o disposto no art. 1º, XVI, da Lei n.º 8.443/1992 e nos artigos 1º, XXIV, e 237 do RITCU, a Representação foi conhecida e foram acolhidas as propostas alvitadas pela 1ª SECEX, que incluíram a adoção de medida cautelar para suspender, com base no disposto no art. 276, *caput* e § 3º, do Regimento Interno do TCU, o procedimento administrativo referente ao Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, bem como o início dos futuros convites decorrentes dessa pré-qualificação, até que o Tribunal deliberasse a respeito do mérito quanto às irregularidades apontadas no âmbito da Representação.

Irresignada, a Transpetro interpôs agravo da decisão, e, concomitantemente foram realizadas reuniões entre a minha assessoria e grupo de representantes daquela empresa, nas quais foram esclarecidos pontos não abordados nos autos desta representação, relevantes para o deslinde da questão.

Em razão dos argumentos apresentados, entendi afastados, em juízo de retratação, os indícios de irregularidades que configuraram a fumaça do bom direito, motivo pelo qual entendi prejudicada a adoção da medida cautelar, deliberando este Tribunal pela sua suspensão.

Na ocasião, manifestei-me sobre o mérito do agravo nos termos do excerto abaixo:

“Quanto aos três indícios de irregularidade [...], entendi que os mais relevantes foram os dois últimos, que referem-se à restrição à competitividade, com a estipulação de critérios classificatórios que serviram, na verdade, como eliminatórios, e a expedição de ato de gestão pela Diretoria da Transpetro, incluindo três pré-qualificantes que haviam sido eliminados pela comissão de licitação, por não atenderem aos requisitos do edital de pré-qualificação.

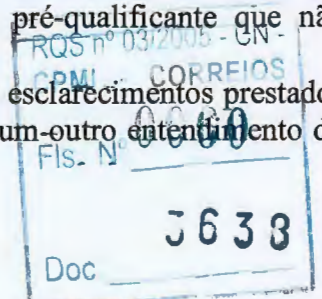
Ocorre que a primeira dessas irregularidades configura afronta inequívoca ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que estabelece que a licitação pública *‘somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’*.

Sendo dispositivo de ordem pública, sua afronta, por si só, configura irregularidade passível de censura por este Tribunal, sendo insuperável pela via da convalidação uma vez atendido o princípio *‘pas de nullité sans grief’*, como alega o agravante, bem assim não caberia verificar em juízo de cognição sumária a existência, ou não, do eventual prejuízo.

A segunda irregularidade, por sua vez, não apenas reforçou o juízo de que os critérios estabelecidos no edital de pré-qualificação, de fato, restringiram a competitividade, já que o ato de gestão incluiu empresas eliminadas por tais critérios, como também configurou, lembro, em juízo de cognição sumária, infringência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Isso significa que se a Transpetro entendeu que o edital continha as exigências mínimas necessárias ao fornecimento do objeto, não poderia ter incluído qualquer pré-qualificante que não atendessem às ditas exigências.

Como disse anteriormente, a complementação de informações e os esclarecimentos prestados nas reuniões entre minha assessoria e representantes da Transpetro trouxeram um outro entendimento do assunto.



Releva destacar que este procedimento de pré-qualificação serve, bem dizer, não apenas para a compra dos navios a que se propõe, mas constitui-se no primeiro passo de um ambicioso programa de reestruturação da indústria naval brasileira. E é sob essa ótica que os atos praticados devem ser enfocados.

Assim, o edital de pré-qualificação trouxe, ainda que de forma implícita, mas de forma objetivamente identificável, critério que pode ser aceito como exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, em atendimento ao disposto na Constituição Federal.

Bem verdade que tal critério visou a incentivar que os estaleiros já implantados no país, bem assim aquelas empresas interessadas em ingressar no setor da construção naval, atingissem uma condição de 'competitividade, preços e prazos praticados no mercado internacional', conforme objetivo do programa, o que vai além de simples condições para fornecimento de navios.

Nesse contexto insere-se, também, o ato de gestão que incluiu empresas desclassificadas pelos critérios do edital. Ainda que os pré-qualificantes que melhor pontuaram tenham ficado muito aquém da pontuação máxima possível, houve uma frustração dos objetivos do procedimento quanto a inserir interessados a participarem do programa, o que justificou a inclusão de interessados eliminados.

Ressalto neste ponto que o ato de gestão em questão está sendo apreciado em juízo de cognição sumária e na ótica de que este procedimento insere mais do que uma compra de navios. Quero dizer com isso que, em outras circunstâncias, tal ato pode não ser considerado legal".

De fato, minha convicção a respeito das peculiares características do edital de pré-qualificação em tela só veio a ser reforçado por eventos posteriores, de domínio público. Assim é que o Excelentíssimo Senhor o Presidente da República participou do evento de lançamento do Pronaf, realizado na Cidade de Niterói/RJ, dando ao programa um caráter de política pública instituída com a finalidade de soerguimento da indústria naval brasileira, bem assim a Transpetro lançou campanha publicitária na televisão, dando ampla divulgação ao programa.

Tais eventos demonstram que esta licitação não se encerra numa simples compra de navios. Vai, ou pelo menos tem a intenção de ir, muito além. E assim deve ser apreciada por este Tribunal. Isso significa que as regras conformadoras do processo licitatório precisam ser interpretadas nesse contexto.

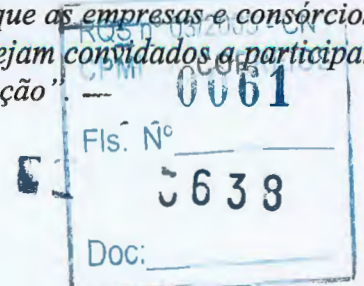
Assim são, a meu ver, inequívocas a falta de identificação precisa e clara do objeto da pré-qualificação, bem assim a restrição à competitividade, com a estipulação de critérios classificatórios que foram, em verdade, eliminatórios. Tudo isso se estivesse a Transpetro procedendo simplesmente à compra de navios.

No entanto, se considerarmos que o objetivo primordial deste procedimento é a instalação estaleiros competitivos em nível internacional em território brasileiro, a falta de identificação do objeto – que diz respeito à ausência de definição prévia quanto ao número e tipo de navio a ser licitado – , bem como a estipulação de critérios classificatórios relacionados à capacidade técnico-econômica para instalação/adequação de estaleiros que atendam ao nível de competitividade exigido, podem ser aceitos como critérios válidos.

Quanto ao ato de gestão que pré-qualificou três proponentes excluídos pela comissão de licitação, por não atenderem às exigências do edital, concordo, em parte com a análise procedida pela unidade técnica.

A Transpetro afirma categoricamente que as condições estabelecidas no edital de pré-qualificação são as mínimas necessárias para garantir não o fornecimento dos modelos de navios a serem futuramente adquiridos, mas a capacidade para construir/adequar estaleiros que sejam internacionalmente competitivos, nos termos abaixo reproduzidos (fl. 08, anexo 1):

"Os critérios classificatórios previstos no Edital de pré-qualificação buscam a identificação das empresas e dos consórcios que, efetivamente, demonstrem capacidade técnica e econômico-financeira para a execução do objeto a ser licitado em condições de competitividade com o mercado internacional. Em outras palavras, visam delimitar o universo dos participantes para incluir aqueles que atendam os interesses da Companhia. Assim, é plenamente legal e legítimo que as empresas e consórcios que não atendam a contendo as condições mínimas exigidas no Edital não sejam convidados a participar dos futuros procedimentos licitatórios, no prazo de validade da pré-qualificação".



Essa situação é agravada pelo fato da Transpetro ter alegado na defesa dos critérios utilizados no edital de pré-qualificação, que os mesmos foram fruto de demorados e aprofundados estudos para o seu estabelecimento, como se depreende do excerto a seguir transcrito (fl. 03, anexo 2):

“... após intensos estudos no Brasil e no exterior, com a ajuda da Petrobras, de diversas instituições e dos sinceramente empenhados na revitalização da indústria naval nacional, a agravante chegou a um modelo licitatório ideal, considerando que há mais de 10 anos os estaleiros brasileiros não entregam navios de grande porte e que, portanto, há necessidade imperiosa de conhecer com confiabilidade e consistência a situação patrimonial, financeira, fiscal e operacional das empresas do setor de construção naval”.

Portanto, revela-se um absurdo contra-senso que venham a ser incluídos proponentes que não atenderam àquelas condições, baseado em critérios definidos posteriormente aos que constaram do edital de pré-qualificação.

Além de um contra-senso, é uma flagrante infringência aos princípios da isonomia e da vinculação ao edital, não subsistindo, portanto, a alegação de que o ato de gestão aprovado por meio da Ata de diretoria n.º 240/2005 fundamenta-se em dispositivo do Manual de Procedimentos Contratuais, adotado pela Transpetro com supedâneo no Decreto n.º 2.745, de 24 de agosto de 1996, sendo utilizado no “exercício das atribuições de discricionariedade” e “poder de gestão” da diretoria da empresa (fl. 20, anexo 3).

Além de entender que não há embasamento normativo para o ato de gestão, a 1ª SECEX aprofunda-se na análise dos critérios utilizados para incluir as empresas eliminadas pela comissão de licitação por não atenderem aqueles do edital de pré-qualificação, concluindo que não demonstram capacitação técnica e econômico-financeira mínima de 60% da pontuação estabelecida no Edital. Assim sendo, propõe a unidade técnica a revogação do ato.

Nesse ponto, embora concordando com os óbices lógicos e legais que pairam sobre o ato de gestão, divirjo da proposta alvitada pela 1ª SECEX, contida no item “a.1” da instrução adotada como Relatório, entendendo que, apenas pelas circunstâncias particularíssimas deste procedimento, deve ser mantido o ato.

Da mesma forma, uma vez que considero afastadas, em razão das circunstâncias excepcionabilíssimas presentes neste processo, exaustivamente mencionadas, as irregularidades consistentes na falta de identificação precisa e clara do objeto da pré-qualificação e a restrição à competitividade, penso não ser coerente que, aqui, sejam feitas determinações tendentes a impor a obediência, em regra, a tais requisitos.

Por fim, concordando com as ponderações da 1ª SECEX, considero que os desdobramentos advindos deste procedimento de pré-qualificação, bem dizer, as licitações para aquisição dos navios, devem ser atentamente acompanhadas por este Tribunal. No entanto, entendendo esgotado o objeto desta representação, considerando que estão previstas diversas licitações oriundas deste procedimento de pré-qualificação, a serem procedidas ao longo de vários anos, e para que se trate cada assunto de forma compartimentada, devem ser autorizadas fiscalizações específicas referentes a cada uma das licitações, arquivando-se o presente processo.

Ante o exposto, registrando, mais uma vez, a situação particularíssima do procedimento objeto da presente Representação e a opção pela solução que entendo a mais consentânea com as circunstâncias que o cercam, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de março de 2006

Assinou o original
GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

