

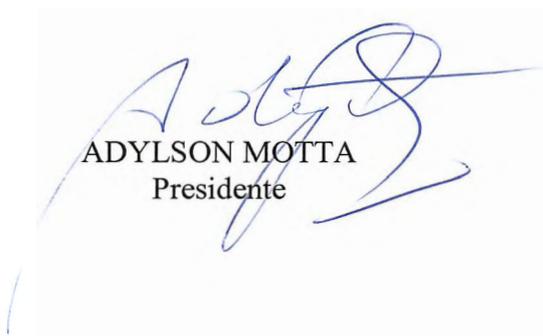
Aviso nº 6635 -GP/TCU

Brasília, 16 de setembro de 2005.

Senhor Senador,

Com meus cordiais cumprimentos, encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento, cópia dos Despachos exarados pelo Senhor Ministro-Relator Guilherme Palmeira, bem como da instrução técnica elaborada pela 1ª Secretaria de Controle Externo no processo nº TC-015.257/2005-1, que trata de Representação acerca de possíveis irregularidades no Processo de Pré-Qualificação nº 01/2004, conduzido pela Petrobras Transporte S/A, com vistas à contratação de construção de petroleiros.

Atenciosamente,

  
ADYLSO MOTT  
Presidente

A Sua Excelência o Senhor  
Senador DELCÍDIO AMARAL  
Presidente da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios  
Brasília - DF

Recibido a 1ª via  
Em 16/09/2005  
64

RQS nº 03/2005 - CN - CPMI - CORREIOS
Fis: 1119
Doc: 3595



TC-015.257/2005-1

**Entidade:** Petrobras Transportes S.A. - Transpetro.  
**Interessado:** 1ª Secretaria de Controle Externo.  
**Assunto:** Possíveis irregularidades detectadas por equipe de auditoria no Processo de Pré-Qualificação n.º 01/2004, com vistas a contratação da construção de navios petroleiros.

### DESPACHO DO MINISTRO-RELATOR

Trata-se de Representação com pedido de cautelar formulada por equipe de analistas da 1ª Secretaria de Controle Externo- 1ª SECEX, que efetuou a Auditoria Fiscalis n.º 928/2005, com o objetivo de verificar a conformidade dos contratos firmados desde 2002 nas áreas de publicidade e propaganda, bens e serviços de informática, serviços de engenharia, bem assim a contratação de navios petroleiros.

A Representação foi feita em cumprimento ao despacho do Exmo. Sr. Ministro Adylson Motta no TC-012.177/2005-5, determinando que indícios de irregularidades graves, observados no decorrer de processo fiscalizatório fossem relatados tempestivamente, consoante o disposto no inciso II do art. 86 da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c o caput do art. 246 do Regimento Interno.

No curso da auditoria, a 1ª SECEX conclui que o 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, contém irregularidades, a seguir 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.

Por conseguinte, a unidade técnica propõe:

"1) seja determinado cautelarmente, inaudita altera pars, à Petrobras Transporte S/A - Transpetro, 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

RQS nº 03/2005 - CN -  
CPM Pré-Qualificação  
P.F.S. 1120  
Doc: 9505



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 n.º 111, 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;

3) seja encaminhada cópia integral do Despacho exarado nos autos, bem como da instrução desta Unidade Técnica, à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional – CPMI dos Correios;

4) sejam juntados os presentes autos ao TC-003.617/2005-5".

Observado o disposto no art. 1º, XVI, da Lei n.º 8.443/1992 e nos artigos 1º, XXIV, e 237 do RITCU, conheço da presente representação e acolho as propostas alvitadas pela 1ª SECEX, considerando que elas se mostram necessárias ao saneamento dos autos, à observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como à garantia da efetividade do processo. Desse modo, considero cabível a audiência da Transpetro, bem assim a proposta de adoção de medida cautelar.

Com efeito, a análise perfunctória dos elementos contidos na representação revela a existência de possíveis irregularidades, tanto no edital de pré-qualificação n.º 01/2004, como no ato de gestão que incluiu pré-qualificantes eliminados pela comissão de licitação, o que configura a fumaça do bom direito, necessária à concessão da cautelar, bem assim, a iminente homologação do resultado do certame, que a representação indica que ocorrerá até o dia 9 de setembro de 2005, caracteriza o perigo da demora, estando, assim, presentes ambos os requisitos que autorizam a adoção da medida.

Em face do exposto, conheço da presente representação e adoto a medida cautelar proposta pela unidade técnica, de modo a determinar que a Petrobras Transporte S/A - Transpetro, 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.



Fl. <u>37</u>	TCU/1ª Secex
	Fls. <u>37</u>
	RUBRICA

Determino, ainda, que:

- a) nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno, a 1ª SECEX promova a oitiva da Petrobras Transporte S/A – Transpetro, para que se pronuncie, em até 15 (quinze) dias, acerca dos itens 2.1 a 2.4, supra transcritos;
- b) seja encaminhada cópia integral deste Despacho, bem como da instrução da 1ª SECEX exarado nos autos, à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional – CPMI dos Correios; e
- c) sejam juntados os presentes autos ao TC-003.617/2005-5.

Gabinete do Ministro, em 05 de setembro de 2005.



**GUILHERME PALMEIRA**  
Ministro-Relator

RQS nº 03/2005 - CN -
CPMI - CORREIOS
Fls: <u>1122</u>
<u>3595</u>
Doc: _____



**TC-015.257/2005-1**

**Entidade:** Petrobras Transportes S.A. - Transpetro.

**Interessado:** 1ª Secretaria de Controle Externo.

**Assunto:** Possíveis irregularidades detectadas por equipe de auditoria no Processo de Pré-Qualificação n.º 01/2004, com vistas a contratação da construção de navios petroleiros.

### DESPACHO DO MINISTRO-RELATOR

No dia cinco do corrente mês, adotei medida cautelar proposta na presente representação da 1ª Secretaria de Controle Externo – 1ª SECEX, no sentido de determinar à Petrobras Transportes S/A – Transpetro que suspendesse, com fulcro no art. 276, *caput*, e § 3º do Regimento Interno, o procedimento referente ao Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, bem como o início dos futuros convites decorrentes dessa pré-qualificação, até que este Tribunal deliberasse a respeito do mérito quanto às irregularidades apontadas no âmbito da referida representação.

A adoção da medida foi motivada pela constatação, em análise perfunctória dos elementos contidos na representação, da existência de possíveis irregularidades, tanto no edital de pré-qualificação n.º 01/2004, como no ato de gestão que incluiu pré-qualificantes eliminados pela comissão de licitação, 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; e
- 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.

Entendi, na ocasião, que estavam presentes os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora, necessários à adoção da cautelar, uma vez que, além da plausibilidade da existência de irregularidades no procedimento, a representação consignou que era iminente a homologação do resultado do certame.

Irresignada, a Transpetro interpôs agravo da decisão, no qual traça, de início, o “*contexto histórico*” no qual se insere o presente procedimento de Pré-Qualificação, relatando que a Petrobras constituiu a Transpetro para, “*atendendo aos ditames da realidade nacional, tentar soerguer a indústria naval brasileira, evitando uma sangria financeira que, no ano de 2004, representou cerca de US\$ 10 bilhões de pagamentos ao transporte marítimo, sendo que apenas 4% desse total ficou com empresas brasileiras*”.

Para atender ao objetivo acima “*a Transpetro estruturou seu processo de licitação sob as seguintes bases: que os navios sejam construídos no Brasil; que se alcance um nível de 65% de conteúdo nacional nas embarcações; e, que os estaleiros sejam competitivos e atinjam os preços e os prazos praticados no mercado internacional*”.

No mérito, inicia por argumentar que três ações judiciais contestaram a legalidade das disposições do Edital de Pré-Qualificação, tendo, o Poder Judiciário, rejeitado todas as alegações de supostas ilegalidades, reconhecendo o direito da Agravante de prosseguir com o procedimento.

Continua a Transpetro defendendo a inexistência de fumaça do bom direito para embasar a adoção da cautelar, uma vez que “*a maioria das alegadas irregularidades que*



ensejaram a medida cautelar já foram objeto de apreciação pelo judiciário tendo sido exaustivamente refutadas”.

Nada obstante, a agravante apresentou seus argumentos para sustentar a legalidade de cada uma das supostas irregularidades que embasaram a adoção da medida cautelar, asseverando que:

- 1) o objeto da Pré-Qualificação é preciso e claramente identificado;
- 2) os critérios classificatórios e exigências do edital estão dentro da legalidade;
- 3) a suposta limitação do número de pré-qualificados não resultou na eliminação de qualquer deles, não havendo, portanto, prejuízo a direito alheio, nem ao Erário;
- 4) os percentuais estabelecidos para a classificação dos pré-qualificantes foram fundamentados técnica e matematicamente, observando prática internacional;
- 5) “*não procede a alegação apresentada no citado Relatório de que a ‘utilização de critérios classificatórios para os grupos ‘B’ e ‘C’ com a participação de empresas já qualificadas para o 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’*”; e
- 6) o ato de gestão que incluiu pré-qualificantes eliminados pelos critérios do Edital de Pré-Qualificação é regular e legal.

No que concerne ao *periculum in mora*, a Transpetro assevera que a informação de que a homologação do resultado do procedimento de Pré-Qualificação estaria ocorrendo em 9/9/2005 não procede, uma vez que “*nem sequer existia data marcada para tal ato, de modo que desaparece do horizonte a possibilidade de causar prejuízo a quem quer que seja*”.

Contrariamente, a agravante alega a existência de *periculum in mora* reverso com a manutenção da medida cautelar, pelas razões que abaixo transcrevo, *in litteris*:

*“A uma, porque a implementação do Programa de Modernização e Expansão da Frota - PROMEF desenvolvido pela Transpetro é urgente, inclusive conforme entendimento do próprio TCU (Processo nº 009.196/2001-6 - Doc. 01). Eventual atraso impedirá a geração de 20.000 empregos diretos e indiretos no Brasil e o restabelecimento do parque nacional de construção de navios mercantes de grande porte.*

*A duas, porque tendo a frota da Transpetro uma idade média avançada, de 16 anos, o atraso do ingresso dos novos navios contribuirá para a elevação dos custos de manutenção e diminuição de eficiência e segurança operacional, aumentando o tempo de parada para reparos e manutenção, o que ocasionará perda de receita da empresa. Frisa-se que, conforme padrões técnicos internacionais, os navios são desativados entre 20 e 25 anos de uso.*

*A três, porque permitirá o direcionamento do dispêndio de 250 milhões de dólares pela Petrobras para a Transpetro com a diminuição das despesas de afretamentos com terceiros, economizando a remessa de moeda estrangeira para o exterior.*

*A quatro, porque o atraso da renovação da frota causará dano irreparável à empresa, sendo imperativa sua efetivação ante as exigências estabelecidas pela Convenção Internacional para Prevenção da Poluição Causada por Navios - MARPOL da IMO (Organização Marítima Internacional), Agência das Nações Unidas das quais o Brasil é, respectivamente, signatário e membro, de prazo para a adequação da frota marítima mundial às normas ambientais, com a exigência de substituição da frota por navios de casco duplo, fato determinante para que a Transpetro continue operando de maneira competitiva no mercado internacional.*

TRUS nº 03/2005 - TCU -  
CORREIOS  
Fls: 1124  
3595  
Doc:



*A cinco, porque não existe a possibilidade de prejuízo a terceiros, porquanto, conforme já citado, todos os estaleiros que poderiam tornar-se em condições de atender às exigências atuais de construção de navios petroleiros, nos padrões exigidos pela indústria petrolífera brasileira, já estão participando da pré-qualificação.*

*A seis, porque o atraso do início do Programa ocasiona prejuízo direto ao País, na medida em que, somente no ano de 2004, foram gastos no Brasil US\$ 10 bilhões com transporte marítimo em geral, sendo que apenas 4% deste total ficaram com empresas brasileiras.*

*Por fim, como importante subsídio a justificar o deferimento da suspensão ora requerida, ressalta-se que o Poder Judiciário, ao examinar, em procedimentos próprios, os alegados indícios de irregularidades no Edital, já decidiu pela não existência do fumus boni iuris e do periculum in mora”.*

Antes de adentrar na análise do presente agravo, registro que foram realizadas reuniões entre a minha assessoria e grupo de representantes da Transpetro, nas quais foram esclarecidos pontos não abordados nos autos desta representação, bem assim foram esclarecidos pontos relevantes para o deslinde da questão.

De início, assinalo que relato outra representação, cujo objeto é o Edital de Pré-Qualificação n.º 01/2004 (TC-003.617/2005-5), que trouxe ao conhecimento desta Corte decisão em primeiro grau na ação popular n.º 2005.003.000700-7, promovida pelo Sr. Jorge Gonçalves Bernardo, mencionada no agravo da Transpetro, na qual foi concedida liminar para, *in verbis*:

*“impedir a participação, na pré-qualificação, de todo e qualquer licitante que não possua estaleiro localizado no território nacional, e para vedar a instituição de critérios classificatórios na fase de pré-qualificação, reputando qualificados aqueles que cumpram os requisitos previstos no edital, afastando-se, por conseguinte, a cláusula 1.7”.*

Como informa a agravante, esta foi a única das três ações judiciais referentes ao procedimento de pré-qualificação julgada no mérito, em que foi dado provimento às pretensões da Transpetro, *“permitindo que se prosseguisse no certame”*.

Ora, o objeto da referida ação não tem qualquer similaridade com as irregularidades que embasaram a cautelar ora questionada. Aqui não se considerou irregular a participação dos chamados “estaleiros virtuais”, qual seja, de consórcios que não disponham de instalações no território nacional, bem assim, não se questionou a instituição de critérios classificatórios na Pré-Qualificação, passíveis de análise, a posteriori pela comissão de licitação.

Desta forma, pelo menos quanto a ação de que temos conhecimento, a decisão judicial nela proferida não serve para embasar os argumentos da Transpetro de que *“o Poder Judiciário já rejeitou todas as alegações de supostas ilegalidades no Edital de Pré-Qualificação”*, bem como *“ao examinar, em procedimentos próprios, os alegados indícios de irregularidades no Edital, já decidiu pela não existência do fumus boni iuris e do periculum in mora”*.

Quanto às outras duas ações, a Transpetro não trouxe aos autos as informações quanto ao seu objeto, de tal forma a comprovar que com elas não ocorreu a mesma imprestabilidade da ação supra, para embasar suas alegações.

Quanto aos três indícios de irregularidade resumidos na introdução deste Despacho, entendi que os mais relevantes foram os dois últimos, que referem-se a 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 pre-

ROS nº 03/2005 - CM  
CPML - CORREIOS  
1125  
3595  
Doc: \_\_\_\_\_



qualificantes que haviam sido eliminados pela comissão de licitação, por não atenderem ao 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 de 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 atendesse às ditas exigências.

Com 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.

Afastados, portanto, em juízo de retratação, os indícios de irregularidades que configuraram a fumaça do bom direito, fica prejudicada a adoção da medida cautelar objeto do presente agravo.

RQS nº 03/2005 - CN -  
Fis: 1126  
3595  
Doc: \_\_\_\_\_



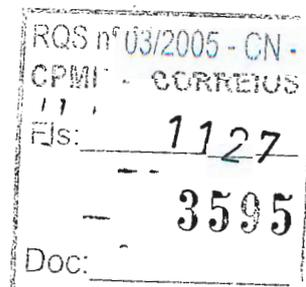
Muito embora não haja sentido tratar-se do perigo na demora quando não haja a fumaça do bom direito, relembro que a Constituição atribuiu ao TCU competências que são indisponíveis.

Isso significa que 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, motivo pelo qual entendo improcedente o perigo da demora reverso alegado pela agravante.

Por todo o exposto, com supedâneo no § 1º do art. 289 do Regimento Interno, reformo o despacho objeto do presente Agravo, para suspender a medida cautelar nele adotada, mantendo as demais determinações contidas no despacho reformado, e DETERMINO à 1ª SECEX que comunique à Petrobrás Transportes S.A. - Transpetro esta decisão, encaminhando-lhe cópia integral deste Despacho bem assim à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional – CPMI dos Correios.

Gabinete do Ministro, em 14 de setembro de 2005.

  
**GUILHERME PALMEIRA**  
Ministro-Relator





**Natureza:** Representação

**Entidade:** Petrobras Transporte S.A - TRANSPETRO

**Interessado:** 1ª. Secretaria de Controle Externo

**Assunto:** Representação da 1ª. Secretaria de Controle Externo acerca de possíveis irregularidades no Processo de Pré-Qualificação n.º 01/2004, com vistas à contratação de construção de petroleiros.

Trata-se de representação com pedido de cautelar formulada pela equipe que efetuou a Auditoria Fiscalis n.º 928/2005, designada pela Portaria de Fiscalização n.º 1074, de 14 de julho de 2005, com o objetivo de realizar auditoria de conformidade sobre os contratos firmados desde 2002 nas áreas de publicidade e propaganda, bens e serviços de informática, serviços de engenharia, bem como contratação de navios.

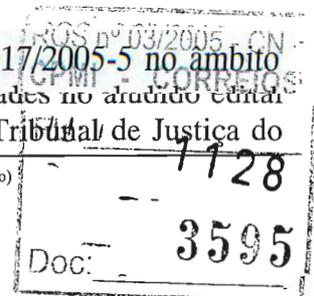
## 1) INTRODUÇÃO

A presente representação visa a cumprir despacho do Exmo. Ministro Adylson Motta no TC 012.177/2005-5, determinando que indícios de irregularidades graves observados no decorrer do processo fiscalizatório sejam relatados tempestivamente, 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.

Conforme planejamento elaborado oportunamente, foram analisadas diversas ações de divulgação realizadas pela Transpetro por meio das agências de publicidade contratadas, as aquisições de bens e serviços de informática, as contratações de obras e serviços de engenharia firmadas com a empresa GDK, Conduto e Alpina, bem como o processo de pré-qualificação com vistas a selecionar empresas para participarem de futuras licitações para contratação de navios.

Analisados, de forma parcial, os documentos referentes à contratação dos 42 petroleiros, no valor total de 1,9 bilhão de dólares americanos, constatou-se a existência de indícios de irregularidades no Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004 e no Ato de Gestão da Diretoria n.º 111, passíveis de acarretar grave lesão a direito alheio e, no futuro, dano ao erário, ensejando a adoção de medida cautelar por parte deste TCU.

Ressalte-se, por relevante, que essa pré-qualificação é objeto do TC-003.617/2005-5 no âmbito deste Tribunal, que trata de representação para apuração de possíveis irregularidades no âmbito de final decorrentes de documentação trazida nos autos de ação popular que tramita no Tribunal de Justiça do





Estado do Rio de Janeiro, sob os processos n.º 2005.002.03540 e 2005.002.05402 , ambos sob a relatoria do Desembargador Galdino Siqueira Netto. No que se refere ao primeiro processo, foi publicado, em 17/08/2005, Acórdão, ao passo que o segundo processo encontra-se em fase de conclusão ao Relator, em 20/06/2005, conforme fls. 346/354 do Volume 1 do Anexo 1. Verifica-se que, por meio da deliberação de fls. 347/349 do Volume 1 do Anexo 1, o procedimento de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004 não se encontra suspenso por determinação judicial.

## 2) HISTÓRICO

Trata-se do Programa de Modernização e Expansão da Frota da Petrobras Transporte S/A – Transpetro, que 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 consiste 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.

Insta frisar que a pré-qualificação busca incentivar e estimular os estaleiros nacionais existentes a modernizarem suas instalações e equipamentos através 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.

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 (fls. 01/56 do Anexo 1).

Na data acima citada, o Presidente da Transpetro, Sr. José Sergio Oliveira Machado, em atendimento à Decisão do Conselho de Administração, constituiu Comissão de Licitação com o objetivo de receber e julgar os documentos apresentados para o atendimento do contido no aludido edital (fl. 57 do Anexo 1).

Em 16/03/2005, houve a sessão de abertura da pré-qualificação visando à seleção de licitantes para a implementação do PROMEF. Procedeu-se à abertura dos Envelopes “I” dos pré-qualificantes, sendo os documentos e cópias constantes dos envelopes rubricados por membros da Comissão de Licitação e pelos representantes dos Pré-Qualificantes (fls. 122/126 do Anexo 1).

Em 28/04/2005, houve outra sessão da Pré-Qualificação Internacional na qual procedeu-se à leitura do Relatório da Comissão de Licitação que apresentou a conclusão final da análise da documentação 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”, concluindo 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 (Sermental 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 de Rio Grande.

Posteriormente, em 13/07/2005, a Diretoria da Transpetro decidiu, por meio do ato de gestão n.º 111, 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).

### 3) IRREGULARIDADES CONCERNENTES AO EDITAL DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO

Durante a execução da auditoria, a equipe, após analisar os documentos e obter informações junto aos gestores por meio de entrevistas referentes a todo o processo de pré-qualificação, verificou algumas irregularidades relacionadas ao Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, conforme se vê a seguir.

#### 3.1) Falta de identificação precisa e clara do objeto da pré-qualificação.

Conforme descrito no item 1.2 do Edital da Pré-Qualificação n.º 01/2004, o objeto do presente processo é selecionar empresas nacionais ou estrangeiras, sejam consorciadas ou não, com vistas a participarem de futuros procedimentos licitatórios para a construção de navios. ~~Constata-se que, nos termos do item 1.2.2 do aludido edital, os pré-qualificantes serão avaliados e classificados em três grupos distintos de acordo com os tipos de navios a serem construídos. Nota-se que em nenhum momento foi discriminada a quantidade de navios que seria futuramente construída (fls. 03 do Anexo 1).~~



Com relação à quantidade de navios a serem licitados, encontra-se apenas menção, no item 1.5 do Edital, de que a construção dos navios será licitada em lotes a serem oportunamente definidos e divulgados pela Transpetro, fato que, até o término da execução desta auditoria, ainda não havia sido divulgado à equipe (fl. 03 do Anexo 1).

Ressalta-se que o objeto da pré-qualificação já deveria identificar o número e tipos de navios a serem construídos e não, apenas, a indicação dos tipos de petroleiros a serem construídos. Portanto, a definição da quantidade de petroleiros é fundamental para averiguar se os pré-qualificantes possuem requisitos técnicos e, principalmente, financeiros e econômicos necessários a garantir a construção dos navios que, realmente, serão executados.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup>, será exigida, nos certames licitatórios, somente documentação comprobatória das condições técnicas, econômicas e jurídicas necessárias à execução do objeto a ser futuramente contratado. Segundo esse autor, o procedimento da pré-qualificação inicia-se com a definição de seu objeto, que, no caso, seria a construção de 22 navios petroleiros (fl. 59 do Anexo 1), e não, de forma genérica, com a discriminação apenas dos tipos de navio a serem construídos sem identificar o quantitativo. Afirma, ainda, que a definição do objeto com todos os dados necessários ao seu perfeito entendimento constitui condição de legitimidade da licitação.

Corroborando o entendimento acima, Marçal Justen Filho<sup>2</sup> assevera que a descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori, sob pena de nulidade do edital.

Coadunando-se com esse entendimento, o Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, no item 4.11.1, menciona expressamente que o edital de pré-qualificação deverá indicar as obras, os serviços ou fornecimentos a serem contratados futuramente. Dessa forma, o dispositivo é claro ao obrigar que o edital da pré-qualificação contenha de modo preciso o objeto a ser futuramente licitado, como qualquer procedimento licitatório. Só com essa definição básica é que os licitantes poderão ter pleno conhecimento daquilo que irão futuramente executar, principalmente para permitir ao contratante definir as capacidades técnica, econômica e financeira necessárias à boa execução do objeto.

Essa questão foi objeto de questionamento por meio da Pergunta n.º 59 constante da Circular de Esclarecimentos n.º 03, na qual um dos licitantes aduz a necessidade de ser informada, nessa fase de pré-qualificação, a quantidade de lotes de navios a serem licitados, com vistas a fornecer maiores subsídios aos participantes dessa licitação, o que foi considerado improcedente pela Comissão de Licitação (fl. 90 do Anexo 1).

Com relação ao procedimento a ser adotado para a pré-qualificação, ressalta-se que o § 2º do art. 114 da Lei n.º 8.666/93 estabelece que deverão ser observadas as exigências relativas à concorrência. Desse modo, importante lembrar que a definição precisa e clara do objeto a ser

<sup>1</sup> Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Editora Malheiros, 30ª Edição, 2005, p. 273, 274 e 313.

<sup>2</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Marçal Justen Filho, Editora Dialética, 10ª Edição, 2004, p. 386 e 387.



futuramente contratado é requisito essencial dos instrumentos convocatórios referentes a toda modalidade de licitação, conforme disposto no inciso I do art. 40 da Lei n.º 8.666/93.

Por fim, vale ressaltar que essa matéria já foi tratada no âmbito deste Tribunal de Contas, que, por meio do item 8.2.2 da Decisão n.º 455/98-TCU-Plenário – Ata n.º 28/98, determinou à CODESP que “quando da instauração de procedimentos relativos à etapa de pré-qualificação de licitantes, faça constar como parte integrante do edital correspondente, na forma do art. 40, § 2º, inc. I, da Lei n.º 8.666/93, o projeto básico, conforme definição contida no art. 6º, inc. IX, da mesma lei”. Nesse mesmo sentido, tem-se o item 8.2 da Decisão n.º 876/00-TCU-Plenário – Ata n.º 41/00.

Com a não definição precisa do objeto, não há como se verificar se os critérios técnicos e, principalmente, os econômico-financeiros, previstos no edital, levaram em consideração a quantidade de navios a serem contratados, o que, em última instância, poderia restringir a competitividade. Assim, os critérios classificatórios previstos no edital podem ter ficado além ou aquém do necessário à construção dos futuros navios, uma vez que não foi definido o número de navios a serem contratados futuramente.

Diante do exposto, constata-se que não houve uma 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.

### **3.2) Restrição à competitividade com a estipulação de critérios classificatórios que serviram, na verdade, como eliminatórios.**

Ao analisar o Edital de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, a equipe de auditoria identificou que os critérios classificatórios previstos nos itens 9.3 a 9.26 do aludido edital (fls. 22/46 do Anexo 1) foram utilizados, indevidamente, para eliminar os pré-qualificantes em detrimento do Princípio da Competitividade e da Isonomia, conforme se verifica a seguir.

Salienta-se que, como dito anteriormente no item 3.1 desta Instrução, a pré-qualificação visava a habilitar os pré-qualificantes para os três grupos a seguir discriminados: Grupo “A”, habilitados para a construção de navios do tipo Suezmax, Aframax, Panamax, Produtos e GLP; Grupo “B”, habilitados para a construção de navios do tipo Panamax, Produtos e GLP; e Grupo “C”, habilitados para a construção de navios do tipo GLP, conforme item 1.2.2 do referido edital (fl. 03 do Anexo 1).

#### **3.2.1) Limitação do número de pré-qualificados e estipulação de percentuais rígidos para eliminação de pré-qualificantes, sem que houvesse previsão no edital de requisitos indispensáveis à execução dos navios a serem futuramente licitados.**

Observa-se, no item 9.3 do Edital de Pré-Qualificação n.º 01/2004 (fl. 22 do Anexo 1), a possibilidade de serem classificados para o Grupo “A” apenas os seis primeiros colocados, configurando, na verdade, eliminação de outros pré-qualificantes que poderiam, em princípio, estar aptos a executar o objeto das futuras licitações decorrentes dessa pré-qualificação, ~~vez que não há no edital a fixação de critérios mínimos necessários a garantir tal execução.~~

RQS nº 03/2005 - CN -  
CPMI - CORREIOS  
Fls: 1130  
Doc: 3595



Os critérios classificatórios estabelecidos no item supracitado também indicam que a classificação dos pré-qualificados para o Grupo "A" dar-se-ia da seguinte forma: seriam classificados os dois primeiros colocados segundo a pontuação final prevista no instrumento convocatório; o terceiro colocado seria qualificado se obtivesse nota final igual ou superior a 80 % da média aritmética dos dois primeiros colocados; o quarto colocado só seria qualificado se obtivesse nota final igual ou superior a 95% do terceiro colocado e assim por diante até o limite de seis pré-qualificados.

Tal irregularidade resta verificada também com relação ao item 9.5 do referido edital (fl. 22 do Anexo 1), que trata da classificação para o Grupo "B", em que seriam pré-qualificados para esse grupo mais três licitantes além dos já qualificados no Grupo "A", seguindo a mesma regra descrita acima.

Por sua vez, o item 9.6 do edital (fl. 23 do Anexo 1) estipula que seriam pré-qualificados para o Grupo "C" mais dois licitantes, além dos já qualificados nos grupos "A" e "B" que também apresentaram proposta para o Grupo "C", conforme item 1.3 do edital (fl. 03 do Anexo 1). Após a classificação em ordem decrescente dos pré-qualificantes, seria qualificado no Grupo "C", em primeiro lugar, aquele participante que obtivesse nota final igual ou superior a 95% da nota final do colocado antecedente, que já tinha sido pré-qualificado nos grupos "A" e "B" e que participou do Grupo "C". Em segundo lugar, seria pré-qualificado aquele participante que obtivesse nota final igual ou superior a 95% da nota final do 1º colocado.

Quanto a esse ponto, verifica-se que, mesmo que o participante classificado logo após esse segundo colocado, com nota final, por hipótese, igual a 99% da nota deste, teria sido desqualificado pelos critérios do edital, apesar de possuir pontuação muito semelhante àquele já qualificado e, em princípio, com condições de executar a contento o objeto a ser contratado, tendo em vista a inexistência de previsão no instrumento convocatório de requisitos mínimos.

Outra restrição constatada no presente edital foi o fato de ter sido exigido dos pré-qualificados que estes possuísem nota final no percentual de 95% em relação ao pré-qualificado antecedente, limitado ainda ao número fixado no edital. A justificativa apresentada à equipe foi a intenção da Transpetro em selecionar apenas as empresas que possuísem excelência nesse mercado.

Ocorre que não foram apresentados à equipe de auditoria estudos técnicos que demonstrassem a pertinência da fixação desse percentual de 95%, revelando ser esse percentual necessário para que fossem selecionadas as empresas e consórcios com o nível de excelência esperado pela Transpetro. Logo, poderiam ter sido estabelecidos outros percentuais, como 90% ou até menos. A fixação de limites de qualificação utilizando o percentual de 95% pode ter eliminado dos futuros certames decorrentes dessa pré-qualificação licitantes que possuam condições de executar o objeto a ser contratado.

O que o edital denomina de critérios classificatórios, é, na verdade, mais uma forma de eliminar licitantes que, em tese, poderiam estar aptos a executar o objeto dos futuros certames, visto que, conforme dito anteriormente, não há no edital a fixação de requisitos mínimos necessários à construção de navios a serem contratados.

Por meio da Pergunta n.º 54 constante da Circular de Esclarecimentos n.º 03, um dos participantes argumenta que, na pré-qualificação, deveriam ser exigidos apenas condições mínimas



necessárias à construção dos navios a serem licitados. Nota-se, nesse questionamento, a preocupação dos licitantes quanto a esse aspecto (fl. 89 do Anexo 1).

Entende-se por requisitos a serem exigidos na fase de pré-qualificação, assim como em qualquer licitação, aquelas características mínimas que se atendidas darão prerrogativa aos licitantes para serem considerados idôneos a executar o objeto que, no caso em comento, é a construção de 22 navios, conforme informação da Transpetro à equipe (fl. 59 do Anexo 1).

Corroborando esse entendimento, ressalta-se que o preceito constitucional contido no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República estabelece *in verbis*:

“art. 37

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**” (grifos nossos)

Diante do mandamento acima insculpido, tem-se que as exigências de qualificação técnica e econômica exigidas nos procedimentos licitatórios, nos quais inclui-se a pré-qualificação, deverão ser **somente** aquelas indispensáveis, ou seja, as que configurarem um mínimo necessário a assegurar que os licitantes terão condições de executarem o objeto a ser contratado.

Os requisitos de que trata o Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, no que se refere ao item. 4.11, destinado à pré-qualificação, bem como o regramento previsto no Manual de Procedimentos Contratuais da Petrobras - MPC relativo à matéria, no item 4.1.7, deverão ser interpretados à luz do disposto na Constituição da República transcrito acima.

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 Pre-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.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho<sup>3</sup> diz que a pré-qualificação objetiva selecionar aqueles licitantes que preencherem os requisitos previstos no edital para estarem aptos a executar o objeto em futuras contratações.

Vale trazer à baila, por oportuno, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no MS 22.509, sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o qual aduz que:

"Não podem a lei, o decreto, os atos regimentais ou instruções normativas, e muito menos acordo firmado entre partes, superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento de outros, posto que além de odiosos e iníquos, atentam contra os princípios éticos e morais que precipuamente devem reger os atos relacionados com a

<sup>3</sup> Op. cit.

INS 22.509/2005 - CN  
CPMI - CORREIOS  
Fls: 7739  
3595  
Doc:



Administração Pública. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, de conteúdo conceptual extensível primacialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da isonomia assecuratória da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes, em sintonia com o seu *caput* — obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade — e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza." (MS 22.509, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ-04/12/96)

Em parecer elaborado, especialmente, para analisar consulta referente ao Edital de Pré-Qualificação n.º 01/2004 (fls. 263/303 do Volume 1 do Anexo 1), o parecerista Toshio Mukai trata sobre a contestação havida em razão do estabelecimento de número máximo de pré-qualificados, considerando as notas finais (somatório das notas técnicas e as econômico-financeiras) atribuídas a cada participante (fls. 285/289 do Volume 1 do Anexo 1). No entender desse parecerista, tais critérios classificatórios previstos nos itens 9.3, 9.5 e 9.6 do aludido edital (fls. 22/23 do Anexo 1) visam a selecionar um número reduzido de licitantes que detenham excelência com relação a condições técnicas e financeiras. Afirma, ainda, que essa limitação prestigiou o Princípio da Competitividade, pois a pré-qualificação ensejou desde logo a competição entre os participantes que estavam em igualdade de condições de participação (fls. 291/295 do Volume 1 do Anexo 1).

Ressalta o parecerista que um dos aspectos do Princípio da Competitividade é ensejar uma disputa já nessa fase de pré-qualificação, o que no entender dele seria louvável. Nota-se que, não obstante as várias peculiaridades do aludido princípio, o principal enfoque deste é assegurar a participação do número máximo de licitantes com vistas a obter a proposta mais vantajosa para a Administração. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça trata dessa matéria esposando entendimento em consonância com relatado pela equipe do TCU, conforme os julgados abaixo transcritos:

"ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, **possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.**" (REsp nº 361.736/SP, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 31/03/2003, p. 00196) (**grifo nosso**)

"1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à Administração e aos interessados no certame, **é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.** 2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...)"(STJ. MS nº 5.779/DF, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 26/10/98, p. 5) (**grifo nosso**)

Segundo doutrina sobre o tema, a licitação pública visa a dois objetivos fundamentais que são a busca do melhor e mais vantajoso contrato para a Administração Pública e a garantia de equidade na consecução do procedimento, consubstanciados, respectivamente, nos princípios da Eficiência e da Isonomia. O Princípio da Competitividade reúne a síntese desses dois princípios, pois, para obter a melhor proposta, a Administração deve estimular o maior número possível de interessados, sem perder



de vista a indispensável eficiência, de modo a legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público.<sup>4</sup>

Para que o Princípio da Eficiência e da Isonomia sejam alcançados, dando azo ao Princípio da Competitividade, a Constituição da República estabelece, em seu inciso XXI do art. 37, que só serão feitas exigências que garantam a efetiva e integral execução do contrato, sendo vedadas, por conseguinte, quaisquer outras exigências supérfluas e excessivas.

Para Carlos Ari Sundfeld e Eros Roberto Grau, a competição na licitação deve ser a mais ampla possível, com o acesso a todos os licitantes que estejam aptos a executar o objeto a ser contratado, garantido-se assim a igualdade entre eles<sup>5</sup>.

Assim, o posicionamento esposado pelo aludido parecerista não encontra respaldo legal, doutrinário e jurisprudencial. A colocação de que o Princípio da Competitividade, previsto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 e no item 1.8, alíneas “a” e “b”, do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto n.º 2.745/98, estaria garantido e até prestigiado não é pertinente, porque, como o próprio parecerista alegou, o número de pré-qualificados foi reduzido. Além disso, não há como avaliar se os participantes desqualificados devido às cláusulas limitativas comentadas possuíam capacidade técnica, econômica e financeira necessárias à construção dos navios a serem licitados, vez que não foi estabelecido no edital o mínimo indispensável a garantir a execução dos futuros objetos. Ademais, a interpretação da maioria da doutrina e jurisprudência é no sentido de que o Princípio da Competitividade visa a garantir o acesso mais amplo possível aos licitantes que possuam os requisitos mínimos necessários à consecução do objeto a ser licitado.

Embora inócua se considerarmos os futuros certames licitatórios, a adoção de critérios classificatórios dos pré-qualificantes seria válida para se avaliar previamente a capacidade para execução do objeto, tendo em vista o nível técnico, financeiro e econômico dos futuros licitantes, não podendo, todavia, ser utilizada para eliminar possíveis candidatos que poderiam executar os objetos a serem futuramente licitados.

Questionado, por meio do item “g” do Ofício de Requisição n.º 13-928/2005 (fl. 179 do Anexo 1), acerca da utilização da pontuação obtida pelos pré-qualificados nas classificações de futuras licitações, o Presidente da Transpetro respondeu que a classificação obtida na fase de pré-qualificação seria desconsiderada nos futuros certames.

Ocorre que essa classificação, muito embora não seja futuramente considerada, serviu de critério eliminatório para exclusão de empresas que poderiam ter condições de executar o objeto dos futuros convites, pois serão convidados apenas os pré-qualificados. Assim, de certo modo, a classificação será levada em conta nos próximos convites, tendo em vista que serviu para não qualificar empresas e, conseqüentemente, eliminá-las dos futuros certames, sob o argumento de que seriam qualificadas apenas as empresas mais competentes e eficientes.

Insta frisar que o objetivo da pré-qualificação é selecionar empresas que estejam aptas a construir os navios demandados pela Transpetro e Petrobras com vistas a atender suas demandas.

<sup>4</sup> Princípio da Isonomia na Licitação Pública, Joel de Menezes Niebuhr, Editora Obra Jurídica.

<sup>5</sup> Conforme citação feita no Livro Princípio da Isonomia na Licitação Pública, Joel de Menezes Niebuhr, Editora Obra Jurídica.

RQS nº 03/2005 - CN -  
OPMI - CORREIOS  
Fls: 132  
Doc: 3595



devendo para tal possuir capacidade técnica e econômico-financeira suficientes e necessárias à construção desses navios, em função da quantidade a ser futuramente contratada. Não cabe à Comissão de Licitação restringir a qualificação de certos participantes sob a alegação de que se deseja ter um nível de excelência nas empresas a serem contratadas. Com isso, ao contrário dos argumentos expendidos, houve restrição à competitividade, pois foram desclassificadas empresas sem restar caracterizada a sua incapacidade para construir os navios a serem licitados, ante a ausência de requisitos mínimos essenciais no aludido edital.

Cumprir 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).

Conforme se depreende da análise da Circular de Esclarecimentos n.º 03, os participantes dessa pré-qualificação já haviam questionado, por meio das perguntas n.º 43, 49, 118, 119 (fls. 86, 87 e 103 do Anexo 1), os critérios classificatórios descritos no edital, informando que estes não guardavam pertinência com a fase de pré-qualificação, mas sim com o julgamento de propostas a ser realizado nos futuros certames, tendo em vista que devem ser exigidos apenas os requisitos essenciais ao cumprimento do objeto a ser licitado. Verifica-se, ainda, que, por meio da Pergunta n.º 144 da Circular de Esclarecimentos n.º 05 (fls. 115/116 do Anexo 1), mais uma vez foi solicitado à Comissão de Licitação a exclusão desses critérios classificatórios nos moldes previstos nos itens 9.3 a 9.6 do edital, dado o entendimento de que na fase de pré-qualificação não caberia haver classificação ou pontuação dos licitantes.

Nota-se que, na essência, o questionado pelos participantes desse processo foi a utilização de critérios classificatórios como forma de eliminação de pré-qualificantes. Ressalta-se que, em respostas aos pleitos, a Comissão de Licitação manteve a utilização desses critérios classificatórios, que, na verdade, seriam utilizados como eliminatórios, tendo em vista a limitação máxima de pré-qualificados prevista nos termos do edital (fls. 22/23 do Anexo 1).

Como dissemos, a simples colocação no edital de critérios classificatórios na fase de pré-qualificação não é de todo o mal, mas deve ser repelida quando é usada como forma de eliminação de candidatos, que, em princípio, poderiam executar a contento o objeto a ser licitado, sendo, nesse caso, refutado pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência, além de ser objeto de questionamentos dos próprios licitantes, e contrariar os Princípios da Competitividade e da Isonomia.

Diante do exposto, no caso em tela, 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, conforme itens 9.3, 9.5 e 9.6 do aludido edital, acabaram por ferir o Princípio da Competitividade previsto no 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.



**3.2.2) Utilização de critérios classificatórios para os grupos “B” e “C” com a participação de empresas já qualificadas para o Grupo “A”, o que influenciou para que empresas fossem eliminadas daqueles grupos, apesar de, em princípio, poderem estar aptas a executar os objetos a serem licitados.**

A possibilidade de empresas já qualificadas para o Grupo “A”, em tese de grande porte, apresentarem documentação, com vistas à classificação para os grupos “B” e “C”, recebendo pontuação e influenciando, inclusive, na qualificação ou não de outras empresas para estes grupos, conforme disposto nos itens 1.3, 9.5 e 9.6 do edital (fls. 03, 22 e 23 do Anexo 1), acabou por prejudicar as empresas que, apesar de não qualificadas para o Grupo “A”, poderiam ter condições de participar dos grupos “B” e “C” e não conseguiram, visto que as pontuações atribuídas, principalmente, em relação a aspectos contábeis e financeiros para estas empresas era muito menor do que as obtidas pelas empresas já qualificadas para o Grupo “A”, resultando, por derradeiro, em restrição à competitividade no processo de pré-qualificação, conforme se provará a partir de agora.

Ora, se as empresas classificadas no Grupo “A” já estavam habilitadas, automaticamente, a construir navios dos grupos “B” e “C”, sendo este último composto apenas de navios do tipo GLP, consoante item 1.2.2 do edital (fl. 03 do Anexo 1), não há razão para deixá-las participar do processo com o fito de qualificar empresas para os outros grupos.

Desse modo, a participação das empresas aptas ao Grupo “A”, nos processos classificatórios para os grupos “B” e “C”, acabou por prejudicar as empresas que só tinham condições de se qualificarem nestes últimos grupos. Houve, conforme já comentado, restrição frontal aos Princípios da Competitividade e da Isonomia.

Considerando os critérios financeiros previstos nos itens 9.14 a 9.16 do aludido edital (fls. 24/33 do Anexo 1), verifica-se que as empresas que teriam capacidade contábil e financeira para se classificarem no Grupo “A” levariam vantagem sobre as empresas que só poderiam participar no Grupo “C”, pois de acordo com os critérios estabelecidos no item 9.16 obteriam pontuação bem maior do que estas últimas.

Essa questão se agrava, pois, de acordo com o item 9.6.1 do referido edital (fl. 23 do Anexo 1), as notas das empresas já qualificadas para o Grupo “A” acabam por influenciar na qualificação ou não das empresas interessadas em estarem no Grupo “C”, restringindo de forma cabal a qualificação de empresas de menor porte nos grupos “B” e “C”, fato que restou comprovado, de forma inequívoca, no resultado do certame (fls. 166/168 do Anexo 1).

A divisão em grupos, segundo informado à equipe durante a auditoria, seria para possibilitar a participação de empresas menores nos certames destinados a construir navios de baixa tonelagem, como os do tipo GLP no Grupo “C”. Contudo os critérios supramencionados contrariam totalmente essa premissa e, por derradeiro, impossibilitaram a qualificação de empresas de menor porte que nem ao menos sabemos se tem ou não condições para executarem os futuros objetos, uma vez que não foram estabelecidos critérios técnicos e econômico-financeiros mínimos para realização dos objetos, o que deveria ter sido realizado no processo de pré-qualificação.





Um exemplo cabal da restrição operada pelo edital pode ser verificado na estipulação da pontuação para os critérios técnicos T3a e T3b, com vistas à classificação para o Grupo “C”, conforme item 9.24 do edital (fl. 43 do Anexo 1).

O critério T3a consigna pontuação em função da capacidade das instalações físicas já existentes em estaleiros implantados no País, para os quais foram atribuídos oito pontos para existência de dique seco com dimensão mínima de 300m por 60m, ao passo que três pontos foram atribuídos aos estaleiros com carreira com dimensão mínima de 140m por 25m.

Por sua vez, o critério T3b consigna pontuação em função das instalações previstas no projeto de planta industrial para expansão de estaleiros já existentes, para os quais foram atribuídos seis pontos para existência de dique seco projetado com dimensão mínima de 300m por 60m, enquanto foram atribuídos três pontos aos estaleiros com dique seco ou carreira projetada com dimensão mínima de 140m por 25m, conforme alteração no edital, por meio da Circular de Esclarecimento n.º 05 (fl. 109 do Anexo 1).

Segundo estudo da própria Transpetro (fl. 321/342 do Volume 1 do Anexo 1), a capacidade necessária para construção de navios do tipo GLP tem como limite de carreira, dimensões de 145m x 30m, ao passo que dique de dimensões de 300m x 60m é necessário apenas para construção de navios tipo Suezmax. Causa, ainda, estranheza à equipe de auditoria o fato de ter sido exigido no edital dimensões de carreira para construção de navios do tipo GLP diferentes das estipuladas pelo aludido estudo (fl. 329 do Volume 1 do Anexo 1).

Considerando que o objetivo da pré-qualificação no Grupo “C” é selecionar estaleiros com condições de construir navios apenas do tipo GLP, a atribuição de pontuação técnica para a existência ou projeto de diques foi excessiva, pois não há necessidade de que os navios GLP sejam construídos utilizando esses diques, conforme supracitado estudo.

Ocorre que, com a possibilidade de as empresas que já se qualificaram para o Grupo “A” apresentarem documentação técnica também para o Grupo “C”, estas também levariam vantagem sobre as empresas que só poderiam participar deste último grupo, em razão da exigência desnecessária de diques secos existentes ou projetados nas dimensões estipuladas pelo edital, na medida em que foi atribuída pontuação bem maior para esses diques do que para a existência de carreira nas dimensões necessárias à construção de navios do tipo GLP.

Conforme observado no item anterior deste relatório, pela doutrina e jurisprudência transcritas, a Administração, pela regra constitucional insculpida no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, somente poderá impor exigências compatíveis com o mínimo de segurança de execução dos futuros objetos a serem contratados, vedadas exigências excessivas ou inadequadas, o que configura máxima restrição admitida<sup>6</sup>.

Pode-se verificar, então, que as exigências de critérios excessivos para o cumprimento das obrigações a serem aventadas, descaracterizam a universalidade de participação em licitações, que somente se revela como constitucional quando for indispensável ao cumprimento do objeto, que, no caso, é a construção somente de navios do tipo GLP.

<sup>6</sup> Op. Cit. – p.317



Nesse ponto vale trazer mais uma vez os ensinamentos de Marçal Justen Filho<sup>7</sup>, o qual assevera que *“é imperioso destacar que a Constituição autoriza apenas exigências que configurem um mínimo de segurança. Portanto, não se admitem exigências que vão além disso. Logo, a Administração não poderá respaldar seus atos com a invocação de que a exigência amplia sua segurança. É evidente que o máximo de segurança corresponderia ao máximo da restrição. Essa não é a solução autorizada pela Constituição”*.

Dessa forma, houve restrição à competitividade, pois se atribuiu maior pontuação para a existência de dique seco de 300m por 60m em detrimento do que seria necessário para construção de navios do tipo GLP, que seria carreira de 140m por 25m. Esse fato se confirma com a não pré-qualificação de nenhum estaleiro, a não ser aqueles já presentes nos Grupos “A” e “B” (fls. 166/168 do Anexo 1).

Por fim, repise-se que a classificação dos participantes não é de todo infrutífera, pois permite a Administração avaliar a capacidade técnica e financeira dos pré-qualificados. O que se torna irregular é que os critérios classificatórios sirvam para eliminar licitantes que poderiam ter condições de construir os navios, principalmente os de menor tonelagem como no caso dos GLP, presentes no Grupo “C”. Como visto acima, a jurisprudência e a doutrina é farta em repelir tal ofensa.

Essa restrição fica confirmada com o resultado final dessa pré-qualificação, conforme Relatório da Comissão de Licitação (fls. 166/168 do Anexo 1), de 12 de junho de 2005, no qual as empresas e consórcios qualificados no Grupo “A” foram os mesmos qualificados nos grupos “B” e “C”, com a exceção do Estaleiro Rio Grande, só qualificado nestes últimos grupos.

Ademais, o próprio ato de gestão da Diretoria da Transpetro, ao incluir três outros participantes como pré-qualificados, sob o fundamento de que assim estaria ampliando a competitividade, corrobora a idéia de que o edital restringiu sem necessidade a competição, ferindo os princípios da Isonomia e da Competitividade (fls. 172/181 do Anexo 1).

Diante do exposto, no caso em tela, a atribuição de critérios desnecessários no edital permitiu 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.

#### 4) IRREGULARIDADES CONCERNENTES AO ATO DE GESTÃO

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.

<sup>7</sup> Op. Cit.

RQS nº 03/2005 - CN -
CPMI - CORREIOS
Fls: 1134
3595
Doc: _____



Diante do resultado proferido pela Comissão de Licitação, a Diretoria da Transpetro S/A, mediante a Ata n.º 240, item único, em 13/07/2005, aprovou a inclusão, dentro do processo de Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004, os Pré-Qualificantes supramencionados, ressalvando que seria mantida a avaliação técnica publicada no Relatório da Comissão (fls. 172/175 do Anexo 1).

#### 4.1) Justificativas para a expedição do Ato de Gestão

Preliminarmente, com a finalidade de examinar todos os aspectos do referido ato, reproduzem-se, de forma sintetizada, os argumentos da Transpetro, de seu Jurídico e do escritório de advocacia contratado, Tostes Associados Advogados, que serviram de fundamento para expedição do referido ato de gestão. Posteriormente, passaremos a analisar tais argumentos com vistas à conclusão quanto à legalidade e razoabilidade do mencionado ato.

Em 12/07/2005, o Escritório de Advocacia Tostes e Associados Advogados encaminhou parecer à Assessoria Jurídica da Transpetro S/A - AJUR com o fito de responder às seguintes dúvidas da empresa (fls. 193/207 do Volume 1 do Anexo 1):

- a) Legalidade da Diretoria da Transpetro S/A decidir, em ato separado, pela pré-qualificação de empresas que obtiveram nota econômico-financeira insuficiente e que, por este motivo, não foram consideradas aptas pela Comissão de Licitação, mas alcançaram pontuação técnica satisfatória.
- b) Riscos do ato da Diretoria da Transpetro S/A acima referido se chocar com o ato de julgamento da Pré-Qualificação, proferido pela Comissão de Licitação, indicando eventuais cautelas a serem adotadas.

O referido parecer, de plano, defendeu a constitucionalidade e a legalidade do Decreto n.º 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras S/A, bem como a legalidade do Manual de Procedimentos Contratuais da Petrobras que complementa a disciplina estabelecida no decreto.

Com relação à primeira questão suscitada, o parecer assevera que a resposta está no subitem 4.1.7 do Manual de Procedimentos Contratuais da Petrobras, o qual trata, especificamente, do procedimento de Pré-Qualificação e, em seu subitem 4.1.7.8.1, fala o seguinte (fls. 199/204 do Volume 1 do Anexo 1):

“4.1.7.8.1 – A possibilidade de participação de Licitante nas situações abaixo discriminadas, dependerá de autorização do Titular do Órgão:

(...)

- c) empresa cuja avaliação econômica-financeira importou na obtenção de grau NR (não recomendável), nos termos dos critérios estabelecidos no Edital;”

Diz o parecer que a regra acima citada é fundada na experiência de que eventual insuficiência de natureza econômico-financeira possa ter caráter circunstancial. Dessa forma, defende que a eliminação de empresas que apresentem insuficiência financeira momentânea pode representar o desperdício de proposta mais vantajosa para Administração, que é o principal objetivo das licitações em geral.



Além disso, afirma que o Titular do Órgão licitante tem o poder-dever de decidir, discricionariamente, em cada caso concreto, pela permanência das empresas com grau econômico-financeiro dito não recomendável, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade da Companhia. Sustenta tratar-se de ato discricionário e de pura gestão.

Ressalta, também, que a decisão está em total sintonia com os princípios que norteiam as licitações públicas, visto que aumenta o número de participantes no certame e, conseqüentemente, a competição. Ademais, considera que o gestor, ao praticar o ato, responde plenamente ao princípio da eficiência, já que estará desempenhando suas funções com presteza, visando a otimizar ao máximo seu rendimento funcional.

Assevera, por fim, que a decisão discricionária da Diretoria da Transpetro de pré-qualificar empresas e/ou consórcios que conseguiram apresentar proposta com capacitação técnica suficiente para executar o objeto da Pré-Qualificação, embora não tenham apresentado, no momento do julgamento pela Comissão de Licitação, as condições econômicas financeiras exigidas pelo instrumento convocatório, é legal e legítima.

Com referência à possibilidade da decisão tomada pela Diretoria da Transpetro de pré-qualificar empresas que teriam demonstrado apenas capacitação técnica exigida pelo Edital do julgamento da Pré-Qualificação n.º 01/2004, ir de encontro à decisão proferida pela Comissão de Licitação, a conclusão consignada no parecer é a seguinte (fls. 204/207 do Volume 1 do Anexo 1):

“Não há nenhum conflito entre o julgamento proferido pela Comissão de Licitação e o ato da Diretoria. Trata-se, juridicamente, de situações absolutamente distintas, cada qual emanada pela pessoa juridicamente competente para tal. Conseqüentemente, não há nenhum risco de que qualquer questionamento, conquanto sem nenhuma base legal, venha trazer reflexos à absoluta legalidade do outro ato.”

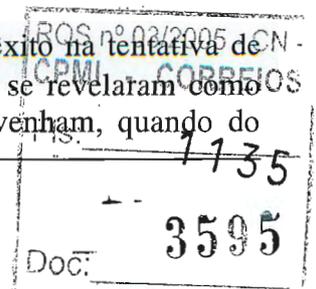
Em 13/07/2005, a Assessoria Jurídica da Transpetro – AJUR, por meio do DIP 195/2005, encaminhou à Presidência da Transpetro parecer acerca da possibilidade jurídica da prática de ato de gestão com vista a incluir empresas pré-qualificantes que não foram consideradas aptas pela Comissão de Licitação nos termos dos critérios indicados no edital (fls. 185/189 do Anexo 1).

Nesse encaminhamento foi consignado o parecer, já comentado, do Escritório Tostes e Associados Advogados, bem como foram realizadas novas considerações que reproduziremos, a partir desse momento, de forma resumida.

Inicialmente, a AJUR comentou que a constitucionalidade do Decreto n.º 2.745/1998, bem como a sua aplicação à Transpetro, estão justificados no Parecer do Escritório Tostes e Associados Advogados o qual foi contratado para apoio em questões jurídicas relacionadas e decorrentes da pré-qualificação em curso.

Com relação ao cerne da questão que diz respeito à possibilidade de a Transpetro qualificar empresas inicialmente reprovadas pela Comissão de Licitação, a AJUR considera não haver empecilho a tal procedimento.

Para fundamentar essa opinião, assevera que tais empresas não lograram êxito na tentativa de apresentarem as condições econômico-financeiras exigidas no edital. No entanto, se revelaram como boas alternativas técnicas para o atingimento do objetivo da Companhia, caso venham, quando do





convite que deverá suceder a pré-qualificação, apresentar garantias suficientes de capacidade para executar o objeto a ser licitado.

Afirma, também, que a comprovação de que as empresas, a serem inseridas, têm propostas técnicas adequadas aos interesses da Transpetro pode ser inferida, com facilidade, dos documentos que compõem o processo de licitação, dizendo que o critério para inclusão das empresas em foco é objetivo e segue a linha do que está previsto no Edital.

A Assessoria Jurídica ressalta que a Comissão de Licitação pratica ato administrativo vinculado, destarte, se para pré-qualificação houve previsão editalícia de determinada pontuação relativa às condições econômicas e financeiras, não poderia a comissão, sob pena de ver anulado seu ato, considerar aptas ao processo empresas que não tenham alcançado o patamar fixado.

Diante dos citados argumentos a AJUR concluiu da seguinte forma:

“Assim, identificada pela Companhia a existência de propostas técnicas aptas ao atingimento de seu interesse negocial, mesmo que tais propostas não possam ser, como de fato não foram, aprovadas pela Comissão de Licitação, por força do não atendimento integral das regras de avaliação econômico-financeiras do Edital, pode a sua Diretoria aprovar, por ato de gestão, a inclusão dessas empresas no rol de qualificados, desde que tal esteja respaldado em critério perfeitamente identificado, que é o que ocorre in casu.

Trata-se aqui da prática de ato discricionário, perfeitamente compatível com as práticas legais destinadas a identificar e decidir acerca das melhores condições negociais para os entes da administração.

Cumpre-nos salientar ser perfeitamente adequada a proposição ora analisada quando coloca, como condição para sua implementação, a manutenção da avaliação técnica chancelada pela Comissão quando da publicação do resultado final da Pré-Qualificação, já que da decisão ora anunciada deve fluir prazo para recursos dos licitantes.

Pelo exposto concluímos não haver óbice legal à pretensão sob análise, ao tempo em que louvamos-nos nas considerações lançadas no parecer que segue em anexo e que contém, conforme dito, análise detida dos institutos que dão suporte jurídico ao intento do consulente”.

Com base nos pareceres supracitados, a Diretoria da Transpetro, em 13/07/2005, expediu ato de gestão incluindo os Pré-Qualificantes Consórcio Keppel Fels/Brasfels, Mauá Jurong S.A e EISA Montagens Ltda, 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, 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 dos mesmos critérios e normas classificatórias para exclusivamente 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;
- ato de gestão da Companhia se baseará 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.

## 4.2) Análise das Justificativas Apresentadas

### 4.2.1) Da inconstitucionalidade do Decreto n.º 2.745/98

Começa-se a analisar os argumentos que serviram de suporte para realização do ato de gestão. Preliminarmente, fazem-se considerações com relação à suposta constitucionalidade do Decreto n.º 2.745/98 defendida pelo escritório de advocacia contratado e pelo Jurídico da Transpetro.

Inicialmente faz-se mister esclarecer que o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal estabeleceu que a regulamentação de licitações e contratos das entidades da Administração Indireta que exploram atividade econômica deveria ser estabelecida por lei, consoante abaixo transcrevo:

"§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;" (grifos nossos)

Ocorre que, a Lei nº 9.478/97 que, por desinência constitucional, deveria dispor sobre licitações e contratos no âmbito das sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, remeteu tal competência para a esfera normativa hierárquica de nível inferior, como se verifica do seu art. 67:

"Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRAS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República."

Nestes termos, a matéria foi submetida ao Decreto nº 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A - Petrobras, conforme previsto no art. 67 acima.

Diante disso, a forma de regulamentação por meio do Decreto nº 2.745/98 configurou afronta ao art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, que atribui tal competência à lei ordinária. Assim, além da inconstitucionalidade formal do aludido decreto, também o art. 67 da Lei nº 9.478/97 está inquinado do mesmo vício, uma vez que exorbita os limites legiferantes ao remeter a regulamentação de licitação e contratação aplicável às entidades da Administração Indireta que exploram atividade econômica para norma de hierarquia inferior.



Com efeito, esta e. Corte, por intermédio da Decisão nº 663/2002 - Plenário, reconheceu a inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, nos termos dos itens 8.1 a 8.3, a seguir transcritos:

“8.1. determinar à Petrobras que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98;

8.2. aceitar como legítimos os procedimentos praticados, no âmbito da Petrobras, com arrimo nas referidas normas, ante a presunção de legalidade então operante;

**8.3. dar ciência à Petrobras do entendimento consignado no item 8.1 retro, alertando-a de que os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados como irregulares por esta Corte e implicarão na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa, devendo a entidade valer-se, na realização de suas licitações e celebração de seus contratos, das prescrições contidas na Lei nº 8.666/93;”** (grifo nosso)

A Petrobras impetrou pedido de reexame contra a supramencionada decisão, com efeito suspensivo, que se encontra, atualmente, sob análise desta Corte de Contas.

Vale informar a tese levantada pelo escritório de advocacia Tostes e Associados Advogados. Inicialmente, o escritório ressalta que o dispositivo constitucional, o qual serviu de base para a emissão da Lei n.º 9.478/97, é o art. 177 da Constituição Federal, que trata especificamente do tema referente à quebra do monopólio do petróleo por parte da União.

Defende o escritório que a expedição do Decreto n.º 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, com base no art. 67 da Lei n.º 9.478/97, que regulamenta o art. 177 da CF, não tem qualquer relação com o art. 173 da Lei Máxima do país, que trata somente da atuação geral das estatais no domínio econômico.

Assevera que o Regulamento Simplificado da Petrobras, ainda que trate do procedimento licitatório simplificado para uma empresa estatal, não se originou do permissivo estipulado no art. 173 da CF, mas sim do art. 177 da CF que trata, de forma específica, do tema relacionado a petróleo.

Dessa forma, conclui que não se pode cogitar a inconstitucionalidade do Decreto n.º 2.745/98 frente ao art. 173 da CF, vez que aquele está fundamentado no art. 177 da CF, que disciplina um tema específico, lembrando que se trata de norma especial referente à área de petróleo, e, por conseqüência, teria convívio harmonioso com o art. 173 da CF, que é norma geral que permite as empresas estatais terem um regulamento simplificado de licitação.

Assim, diante dos argumentos esposados, não haveria de se levantar a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.478/97 e, muito menos, do Decreto n.º 2.745/98.

Contudo, a equipe entende que a tese levantada é totalmente improcedente, conforme se depreende da análise procedida, detalhadamente, pela Unidade Técnica do Tribunal, por ocasião do trabalho que originou a Decisão n.º 663/2002, que se reproduz, resumidamente, a partir desse momento:

“8.2.11. Reforçamos que o art. 177 da Constituição trata apenas das áreas sob monopólio da União e da forma como será exercido esse monopólio. Não versa sobre qualquer outro ente, nem mesmo uma empresa controlada pela União – que, como se sabe, possui personalidade jurídica própria e distinta da dela – nem de outra forma de contratação, que não as concessões e autorizações para que empresas estatais ou privadas realizem as atividades previstas nos seus incisos I a IV.



8.2.12. Não tendo havido alteração no art. 22, continuou inalterada a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as empresas sob seu controle, competência essa exercida quando da sanção da Lei nº 8.666/93. **A interpretação é límpida e, guardando a devida *venia* a teses divergentes, qualquer outra forma de se fazer a leitura dessa parte do texto constitucional é uma tentativa de distorcer o que foi estabelecido pelo poder constituinte.**

8.2.13. Portanto, não houve na Emenda Constitucional nº 9 qualquer mudança nas competências outorgadas no art. 22 da Constituição, e nem tampouco mandamento constitucional para que fosse editada lei, e muito menos decreto, com normas de licitação e contratação para empresas públicas ou sociedades de economia mista. Esse mandamento (o da lei) veio somente três anos mais tarde, com a Emenda nº 19. Destarte, ao permitir a edição, na Lei nº 9.478/97, de um decreto com o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A., o legislador foi além do que a Constituição previu para aquela lei. Apesar de ter sido extrapolado o que fora constitucionalmente preceituado, não ocorreu qualquer inconstitucionalidade. Por si só, o fato do Congresso Nacional tratar, em uma mesma lei ordinária, de um tema indicado por mandamento constitucional específico e, além dessa matéria, de outra constitucionalmente disponível para aquela espécie de diploma legal, não caracteriza irregularidade. Há que se ressaltar também que a edição da Lei 9.478/97 não revogou a Lei 8.666/93 ou afastou sua incidência sobre nenhum ente.

8.2.15. É deveras importante e decisivo para o bom entendimento da matéria, lembrar que a Lei nº 9.478/97 não tem qualquer relação direta com a Emenda Constitucional nº 19. **A lei foi editada quase um ano antes da publicação dessa emenda, não podendo, portanto, ser invocada como forma de regulamentação do atual texto do art. 173, § 1º.** Nem mesmo em um exercício árduo de distensão e flexibilidade jurídica poder-se-ia admitir que o Regulamento Simplificado, autorizado no artigo 67 da Lei nº 9.478/97, não estivesse umbilicalmente ligado e não devesse obediência ao único diploma que regulamentava, e ainda regulamenta, licitações, contratos e alienações para a Administração Pública – a Lei nº 8.666/93 –, mas sim a qualquer outra disposição, constitucional ou não, que nem ao menos existia à época da promulgação e sanção daquela lei.

8.2.16. Em não bastando, o art. 173 da Constituição prevê que a lei disporá sobre os temas nele citados. Ou seja, as regras devem estar na lei. Qualquer regulamento pode apenas explicitar e desenvolver o que já estiver contido na lei. Mesmo, equivocadamente, passando ao largo do flagrante óbice temporal evidenciado no parágrafo anterior, haveria necessidade de que a Lei nº 9.478/97 dispusesse sobre a matéria. A simples permissão para a edição de um Regulamento Simplificado por meio de decreto não é dispor sobre as matérias da forma como o constituinte derivado pretendeu. A intenção do constituinte foi de que a lei prescrevesse, determinasse, estabelecesse, estatuisse; nunca que a lei se desfizesse, se desincumbisse ou se desonerasse da responsabilidade a ela imposta, como os defensores do Decreto nº 2.745/98 patrocinam. Note-se que todas as expressões utilizadas podem ser associadas ao ato de dispor, mas somente prescrever, determinar, estabelecer e estatuir podem ser utilizadas apropriadamente para definir o mandamento constitucional. Se assim não fosse, não haveria razão para que esse preceito constasse da Carta Magna.” (grifos nossos)

Não obstante o convencimento da equipe acerca da inaplicabilidade do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado devido a sua inconstitucionalidade, o exame do ato de gestão priorizará o seu cotejo com o Decreto nº 2.745/98 e com Manual de Procedimentos Contratuais da Petrobras, visto que esses foram os normativos que serviram de base para o ato, e, ainda, continuam sendo aplicados pela empresa pelo fato deste tribunal ainda não ter se pronunciado com relação ao pedido de reexame da Decisão 663/2002 - Plenário.

#### 4.2.2) Da legalidade do Ato de Gestão

Seguindo a linha de raciocínio consignada no parágrafo acima, principia-se pelo exame minucioso do fundamento “legal” do ato de gestão que se respaldou no subitem 4.1.7.8.1 do Manual de Procedimentos Contratuais que se copia, novamente, a seguir:

RQS nº 03/2005 - CN -  
SECEX-1  
Fls: 1137  
Doc: 3595



“4.1.7.8.1 – A possibilidade de participação de Licitante nas situações abaixo discriminadas, dependerá de autorização do Titular do Órgão:

(...)

c) empresa cuja avaliação econômica-financeira importou na obtenção de grau NR (não recomendável), nos termos dos critérios estabelecidos no Edital;”

Conforme já comentado, os defensores da possibilidade de expedição do ato de gestão a fundamentaram no dispositivo acima reproduzido. Asseveraram que o caso concreto, ora analisado, encaixava-se perfeitamente na previsão “legal”, pois as empresas, a serem incluídas pelo referido ato, foram desqualificadas pela Comissão de Licitação devido ao fato de não terem alcançado nota econômico-financeira recomendável, apesar de conseguirem pontuação técnica satisfatória.

Como prova de que esse foi o preceito para execução do ato, translada-se, a seguir, partes do parecer do escritório contratado (fls. 193/199 do Volume 1 do Anexo 1) já comentado, no qual essa constatação fica caracterizada de forma irrefutável:

“Nesse contexto e independentemente da Comissão de Licitação, observando os estritos termos do Edital, ter pré-qualificado empresas para o futuro certame, torna-se legítima, razoável, cautelosa e útil a participação, no certame licitatório que se seguirá, das empresas que demonstraram capacitação técnica desejável, ainda que não tenham na pré-qualificação a pontuação indicada para a análise de sua situação econômico-financeira. A juridicidade decorre da aplicação do permissivo legal a tal situação de fato.”

(...)

“Diante do exposto, se revela legal e legítima a decisão discricionária da Transpetro de pré-qualificar empresas e/ou consórcios que, embora não tenham apresentado, no momento do julgamento pela Comissão de Licitação, as condições econômico-financeiras exigidas pelo instrumento convocatório, conseguiram apresentar proposta com capacitação técnica suficiente para executar, a contento, o objeto da Pré-Qualificação.”

A AJUR também se posicionou dessa forma, conforme se percebe do trecho reproduzido abaixo (fls. 185/189 do Anexo 1):

“Assim, identificada pela Companhia a existência de propostas técnicas aptas ao atingimento de seu interesse negocial, mesmo que tais propostas não possam ser, como de fato não foram, aprovados pela Comissão de Licitação por força do não atendimento integral das regras de avaliação econômico-financeiras do Edital, pode a sua Diretoria aprovar, por ato de gestão, a inclusão dessas empresas no rol de qualificados, desde que tal esteja respaldado em critério perfeitamente identificado, que é o que ocorre in casu.”

Surge, já na origem, a primeira irregularidade relativa ao ato de gestão, vez que a hipótese prevista no normativo, que serviu de base para efetivar-se o procedimento, não tem correlação com o que ocorreu de fato no processo de pré-qualificação, conforme se demonstra a partir desse momento.

Primeiramente, debruçando-se sobre o ato de julgamento da Comissão de Licitação, constata-se 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.

Cabe ressaltar 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” do processo, pisos calculados em função das notas finais obtidas pelas empresas



(fls. 22/23 do Anexo 1). Com a finalidade de ilustrar o que foi explicitado, copia-se, a seguir, o critério classificatório para o Grupo “A” que passaremos comentar:

9.3 Serão Pré-Qualificados para o Grupo “A”:

9.3.1 os 2 (dois) primeiros colocados que obtiverem as maiores notas finais (item 9.26);

9.3.2 o 3º colocado, se a sua nota final for igual ou superior a 80% (oitenta por cento) da média aritmética das notas finais dos 2 (dois) primeiros colocados;

9.3.3 se o 3º colocado for pré-qualificado, o 4º colocado também o será se sua nota final for igual ou superior a 95% (noventa e cinco por cento) da nota final do 3º colocado;

9.3.4 se o 4º colocado for pré-qualificado, o 5º colocado também o será se sua nota final for igual ou superior a 95% (noventa e cinco por cento) da nota final do 4º colocado;

9.3.5 se o 5º colocado for pré-qualificado, o 6º colocado também o será se sua nota final for igual ou superior a 95% (noventa e cinco por cento) da nota final do 5º colocado;”

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.

O Relatório da Comissão de Licitação (fls. 166/168 do Anexo 1), consignando a análise da documentação técnica e econômico-financeira, trouxe como pré-qualificados para o grupo “A” as seguintes empresas/consórcios:

- 1º Colocado - Consórcio Camargo Corrêa S.A/ Andrade Gutierrez S.A Naval com pontuação final igual a 115,6;
- 2º Colocado - Consórcio Rio Naval com pontuação final igual a 111,6;
- 3º Colocado – Consórcio Rio Grande com pontuação final igual a 110,4.

Foram desqualificados para o referido grupo por não atingirem a pontuação final necessária as seguintes empresas/consórcios :

- Estaleiro Rio Grande Ltda. com pontuação final de 94,1;
- Consórcio Keppel Fels Brasil S.A/Brasfels S.A com pontuação final de 68,3;
- Consórcio Nuclep/Better/Pem com nota final de 35,4;

O Estaleiro Rio Grande não se qualificou em decorrência de sua nota final não ter sido superior ao piso fixado no subitem 9.3.3 do edital que é de 95% da nota do terceiro colocado (0,95 x 110,4), resultando no valor de 104,58. Uma vez que o 4º colocado não se qualificou, automaticamente, o 5º e o 6º também foram desqualificados nos termos dos subitens 9.3.4 e 9.3.5 do edital (fl. 22 do Anexo 1).

Logo, constata-se que o Consórcio Keppel Fels Brasil S.A/Brasfels S.A foi desqualificado em consequência de ter obtido uma nota final insuficiente (68,3) e não pelo fato de sua nota econômica-financeira de 8,4 recomendar a sua eliminação.

Os defendentes de que o caso concreto supracitado ajusta-se ao insculpido no subitem 4.1.7.8-1 do Manual de Procedimentos Contratuais poderiam alegar que o fato de o consórcio acima mencionado





ter obtido uma avaliação econômico-financeira de 8,4 produziu sua nota final baixa, o que, em última instância, causou sua desqualificação. Dessa forma, diriam que, indiretamente, sua avaliação econômico-financeira importou na obtenção do grau não recomendável.

Contudo, provaremos que essa argumentação não é procedente, visto que foi a sua nota final ter ficado fora do que o edital estabeleceu como necessário para qualificação o fator responsável pela sua eliminação, e não o fato de ter obtido uma nota econômico-financeira de 8,4. Não se pode afirmar, de forma categórica, que a eliminação da empresa adveio de sua avaliação econômico-financeira, conforme se mostrará a partir de agora.

Caso o Consórcio Keppel Fels, por meio dos critérios pontuação técnica para o Grupo “A” estipulados no item 9.22 (fls. 34/38 do Anexo 1), conseguisse uma nota técnica de 96,4, nota possível de ser alcançada, vez que a pontuação máxima que o pré-qualificante para o Grupo A poderia obter é de 98 pontos, conforme item 9.25 do edital (fl. 45 do Anexo 1). Assim, na hipótese supracitada, a empresa alcançaria uma pontuação final de 104,7 pontos, resultante da soma das notas técnica (96,4 pontos) e financeira (8,4 pontos), que seria suficiente para sua qualificação.

Logo, percebe-se que poder-se-ia imputar a responsabilidade pela desqualificação da empresa, tanto a sua avaliação econômico-financeira como a sua pontuação técnica. É verdade que na situação ora analisada a avaliação financeira pesou mais para a desqualificação da empresa, mas, não pode-se asseverar que foi a única responsável pela sua eliminação.

Além disso, realizando-se uma interpretação do dispositivo no contexto em que se encontra no Manual de Procedimentos Contratuais, conclui-se que a sua utilização foi prevista para os casos em que o edital estipulasse desqualificação dos pré-qualificantes por não alcançarem uma avaliação econômico-financeira adequada, ou seja, para aplicar o dispositivo, a empresa teria que ser desqualificada devido a sua nota econômico-financeira não ter atingido um patamar mínimo estipulado no edital, o que não aconteceu no caso concreto que no momento examinamos.

Corroborando esse 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.

A partir do momento em que o Edital da Pré-Qualificação Internacional n.º 1/2004 não fixou critério econômico-financeiro mínimo, conforme já comentado no item 3 desta instrução, que deveria ser alcançado pela empresa para evitar a sua desqualificação, não pode o ato de gestão, sem nenhum critério objetivo, afirmar que uma determinada nota dada para avaliação econômico-financeira torna a empresa não recomendável para ser contratada.

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, a equipe depreende que não há suporte legal para a edição do ato de gestão nos termos em que foi expedido.

#### **4.2.3) Da afronta aos princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Isonomia**



Com a finalidade de reforçar a irregularidade ora analisada, examina-se o acontecido para o Grupo "C" da pré-qualificação, cujos critérios classificatórios estabelecidos no item 9.6 copiam-se a seguir (fl. 23 do Volume 1 do Anexo 1):

"9.6 Serão Pré-Qualificados para o Grupo "C"

9.6.1 o licitante que permanecer classificado em 1º lugar da Relação de Pré-Qualificados do Grupo "C", após a realização do processo descrito a seguir:

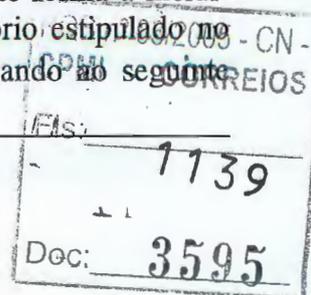
- Depois da pontuação final e classificação de todos os Pré-Qualificantes, serão excluídos da lista do Grupo "C" aqueles licitantes que também já se pré-qualificaram para os Grupos "A" e "B".
- Após essa exclusão, poderá ser pré-qualificado para o Grupo "C" o pré-qualificante que ficar então em 1º lugar, desde que sua nota final seja igual ou superior a 95% (noventa e cinco por cento) da nota final do colocado na posição antecedente e que, obrigatoriamente, tenha sido pré-qualificado como definido no item 9.6.1 para o Grupo "C".

A Comissão de Licitação examinando a documentação técnica/econômico-financeira e com base nos itens supramencionados qualificou para o Grupo "C" as seguintes empresas (fls. 166/168 do Anexo 1):

- 1º Colocado – Consórcio Rio Naval com pontuação final igual a 101,7;
- 2º Colocado - Consórcio Camargo Corrêa S.A/ Andrade Gutierrez S.A Naval com pontuação final igual a 96,2;
- 3º Colocado – Estaleiro Rio Grande com pontuação final igual a 94,4;
- 4º Colocado – Consórcio Rio Grande com pontuação final igual a 93,8.

Aqui, abre-se um parêntese para comentar um fato patente que diz respeito à restrição de competitividade. Verifica-se que, além das empresas pré-qualificadas para o Grupo "A", somente o Estaleiro Rio Grande conseguiu qualificar-se para o Grupo "B", enquanto o Grupo "C" é formado só pelos pré-qualificados nos grupos "A" e "B" (fls. 166/168 do Anexo 1). Verifica-se que não houve a inclusão de nenhuma nova empresa no Grupo "C", o que é conseqüência das regras excessivas estipuladas no edital as quais, ao invés de estabelecerem critérios técnicos e financeiros mínimos para a qualificação em cada grupo, amarraram a classificação de uma empresa às notas obtidas pelas outras, conforme constata-se nas regras do item 9.6 supratranscrito (fl. 23 do Anexo 1). Combinando essa forma de qualificação com a possibilidade de empresas já pré-qualificadas para os Grupos "A" e "B" pontuarem com vistas à qualificação ao Grupo "C", o que é totalmente incoerente, visto que o item 1.2.2 do edital (fl. 03 do Anexo 1) assevera que os Pré-Qualificantes do Grupo "A" estão habilitados para construção de todos os navios e os do Grupo "B" já estão aptos a construir os navios do Grupo "C", acabou-se por limitar as empresas qualificadas para os futuros certames, conforme analisado de forma pormenorizada no item 3 desta instrução.

Posteriormente ao resultado divulgado para Grupo "C", a Transpetro, com vistas a verificar quais empresas tinham propostas técnicas adequadas aos interesses da Companhia, de forma a incluí-las no citado grupo, empregou para as notas técnicas o mesmo critério classificatório estipulado no edital para pontuação total, assim como já feito para os Grupos "A" e "B", chegando ao seguinte resultado (fls. 221/222 do Volume 1 do Anexo 1):





Além da irregularidade supramencionada, verifica-se que a realização do ato de gestão afrontou, de forma irrefutável, os princípios da Isonomia e da Vinculação ao Instrumento Convocatório previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, no art. 3º da Lei n.º 8.666/93 bem como no item 1.2 do Decreto n.º 2.745/98, conforme provaremos a partir desse momento.

A Transpetro alegou que utilizou critério objetivo não estipulado previamente no edital, com a finalidade de avaliar se as propostas técnicas das empresas eram satisfatórias aos objetivos dos futuros certames (fls. 221/222 do Volume 1 do Anexo 1). Esse novo critério consistiu em aplicar, às notas técnicas obtidas pelo julgamento efetuado pela Comissão de Licitação, os critérios classificatórios estabelecidos pelo edital, nos itens 9.3 a 9.8, para selecionar as empresas aptas a comporem os grupos “A”, “B” e “C” (fls. 22/23 do Anexo 1).

Aplicando o critério estabelecido pelo ato de gestão, que só considerou a nota técnica (fls. 221/222 do Volume 1 do Anexo 1), a Transpetro chegou à seguinte classificação, para o Grupo “A”, conforme itens 9.3 e 9.4 do edital (fl. 22 do Anexo 1):

- 1º Pré-Qualificável: Consórcio Rio Naval com nota técnica de 69,6;
- 2º Pré-Qualificável: Consórcio Keppel Fels Brasil S.A/Brasfels S.A com pontuação técnica de 59,9;
- 1º piso, conforme previsto no subitem 9.3.2 do Edital, 80% da Média Aritmética das Notas do 1º e 2º colocados (0,80 x 64,75): 51,80.
- 3º Pré-Qualificável: Consórcio Camargo Corrêa S.A/ Andrade Gutierrez S.A. Naval com pontuação técnica igual a 56,1;
- 2º piso, conforme previsto no subitem 9.3.3 do Edital, 95% da nota final do 3º colocado (0,95 x 64,75): 61,51.

O Consórcio Rio Grande, que obteve nota técnica no valor de 49,4 pontos consoante julgamento efetivado pela Comissão de Licitação, ficou abaixo da nota técnica obtida para o segundo piso no valor de 61,51 pontos, conforme calculado acima. Dessa forma, com base no critério empregado pelo ato de gestão, chegou-se à conclusão de que a citada empresa não teria nota técnica adequada aos interesses da Transpetro e seria não pré-qualificável. Como consequência, as empresas com notas técnicas piores que a do Consórcio Rio Grande também foram eliminadas, em conformidade com o que preconiza os itens 9.3.4 e 9.3.5 do edital (fl. 22 do Anexo 1), os quais foram aplicados somente às notas técnicas pelo ato de gestão. Dessa forma, empregando-se o critério estipulado pelo ato de gestão, qualificou-se adicionalmente para o Grupo “A”, somente o Consórcio Keppel Fels Brasil S.A/Brasfels S.A (fls. 221/222 do Volume 1 do Anexo 1).

Contudo, ressalta-se, por relevante, que o Consórcio Rio Grande já havia sido pré-qualificado pelo julgamento efetuado pela Comissão de Licitação com base nos critérios estipulados pelo edital. Assim, no caso concreto ora examinado, ocorreu a aplicação de dois critérios distintos que levaram a resultados conflitantes, vez que por um dos critérios, o originalmente insculpido no edital da pré-qualificação, a citada empresa está apta e qualificada a participar dos futuros certames, e, pelo outro, criado posteriormente pelo ato de gestão com a finalidade de avaliar as propostas técnicas adequadas aos interesses da Companhia, o referido consórcio estaria eliminado.



quantos poderiam eventualmente participar do certame licitatório, aqueles que reúnem condições técnicas e econômico-financeiras suficientes para desenvolver eficientemente o objeto a ser licitado.

Nessa esteira de raciocínio, e consoante o disposto no inciso XXI do art. 37 da CF, deve a Administração exigir no Edital da Pré-Qualificação os requisitos técnicos e econômico-financeiros mínimos necessários a garantir que as empresas terão condições de executar a contento os objetos das futuras licitações. No momento em que a Transpetro flexibilizou os critérios econômico-financeiros e, por consequência, o próprio edital, criando novo critério de seleção, é porque os inicialmente previstos no edital não eram adequados a selecionar as empresas. A verdade é que o edital não estabeleceu o mínimo necessário à realização do objeto, conforme já analisado no item 3 desta instrução, o que, junto com o imbróglio causado pela utilização de dois critérios, gera mais dúvidas como as que passamos relatar.

Uma pergunta pertinente ao caso é a seguinte: uma vez que o critério empregado pelo ato de gestão consistiu em desconsiderar, nesse primeiro momento, o aspecto financeiro, e considerando que a técnica do Estaleiro Itajaí S.A é superior a de duas empresas qualificadas pelo ato da Comissão de Licitação (fls. 166/168 do Anexo 1), porque não incluí-lo nos futuros certames? Não estaria ele apto, assim como as outras empresas incluídas pelo ato de gestão, a, no futuro, executar os objetos das futuras licitações?

Diante dos fatos relatados, e conforme já comentado, não resta dúvida quanto à afronta direta aos princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Isonomia previstos no item 1.2 do Decreto 2.745/98 c/c art. 3º da Lei 8.666/93 e c/c art. 37 da CF.

Cabe ressaltar que a única interpretação para o subitem 4.1.7.8.1 que se coaduna com os princípios acima elencados é a de que o edital consigne expressamente a possibilidade de aplicação de tal dispositivo, bem como estipule as regras alternativas decorrentes de sua aplicação.

Admitir que não seria necessária esta previsão é considerar que a Transpetro, arbitrariamente, poderia escolher um novo critério de seleção, correndo o risco de desvirtuar totalmente o edital, ou seja, rasgá-lo, como de fato ocorreu no caso concreto ora em análise.

Insta ressaltar que se realizou o ato de gestão com o intuito de amenizar a restrição de competitividade imposta pelo próprio edital, que restou confirmada por ocasião do julgamento da pré-qualificação, e foi, detalhadamente, analisada no item 3 desta instrução.

Assim, não resta dúvida, de que o ato de gestão é, manifestamente, contrário aos 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.

## 5) CONCLUSÕES

Não houve uma 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, conforme item 3.1 desta instrução.

PROF. DR. JOÃO GOMES DE SOUZA  
CPM - CORREIOS  
1140  
Fls. 3595  
Doc. 3595



- 1º Pré-Qualificável: Consórcio Rio Naval com nota técnica de 54,0;
- 2º Pré-Qualificável: Mauá Jurong S.A com nota técnica de 48,88;  
- 1º piso, conforme previsto no subitem 9.3.2 do Edital, 80% da Média Aritmética das Notas do 1º e 2º colocados (0,80 x 51,44): 41,15.
- 3º Pré-Qualificável: Consórcio Keppel Fels Brasil S.A/Brasfels S.A com pontuação técnica de 48,43,;  
- 2º piso, conforme previsto no subitem 9.3.3 do Edital, é igual a 95% da nota do terceiro colocado (0,95 x 48,43): 46,01.
- 4º Pré-Qualificável: Eisa Montagens S.A com pontuação técnica de 46,8;  
- 3º piso, conforme previsto no subitem 9.3.4 do edital, 95% da nota do 4º colocado (0,95 x 46,8): 44,46;

Cabe ressaltar que, conforme visto acima, o critério utilizado pela Diretoria, por meio do ato de gestão, com a finalidade de incluir empresas no Grupo “C” com base exclusivamente na nota técnica não guarda correspondência com as regras estabelecidas no edital para esse grupo (fl. 23 do Anexo 1), diferentemente do que ocorreu para os outros.

Registra-se que, considerando-se os critérios apócrifos estabelecidos pelo ato de gestão, o Consórcio Camargo Corrêa S.A/Andrade Gutierrez S.A Naval, que obteve nota técnica de 36,7 pontos nos termos do ato de julgamento efetuado pela Comissão de Licitação, foi reputado não qualificável, vez que sua nota técnica foi inferior ao 3º piso calculado acima, e, por conseqüência, as outras empresas que têm notas técnicas menores que deste consórcio também foram consideradas não qualificadas pelo critério empregado pelo ato de gestão (fls. 166/168 do Anexo 1 e 221/222 do Volume 1 do Anexo 1).

Foi verificado, também, que a aplicação do novo critério estipulado pelo ato de gestão (fls. 221/222 do Volume 1 do Anexo 1) com vistas a selecionar empresas com propostas técnicas apropriadas aos interesses da Transpetro resultou na desqualificação técnica das seguintes empresas, que já tinham sido consideradas aptas pela Comissão de Licitação por ocasião do julgamento proferido com base nos termos previstos no edital (fls. 166/168 do Anexo 1): Consórcio Camargo Corrêa S.A/Andrade Gutierrez S.A Naval, Estaleiro Rio Grande e Consórcio Rio Grande.

Novamente, verifica-se, na prática, a existência de dois critérios diferentes que serviram de respaldo à qualificação das empresas no processo ora em exame. Por um dos critérios, o estipulado no edital, as empresas incluídas pelo ato de gestão não eram aptas a participarem dos futuros certames. Pelo outro critério, que fundamentou o ato de gestão, empresas que já estavam qualificadas pela Comissão de Licitação seriam consideradas inábeis tecnicamente e não qualificáveis. Ora, qual dos dois critérios é o válido? Quais são as empresas aptas a prestarem os serviços relativos aos futuros certames?

Nesse momento, não se pode perder de vista, por relevante, que a pré-qualificação de licitantes consiste em procedimento prévio às licitações com vistas a selecionar, preliminarmente, dentre todos



A 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 anteriormente definidos, conforme itens 9.3, 9.5 e 9.6 do aludido edital (fls. 22/23 do Anexo 1), acabam 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, conforme 3.2.1 desta instrução.

A atribuição de critérios desnecessários no edital permitiu que participantes já qualificados para o Grupo “A” (mais abrangente) restringissem a classificação de participantes que só 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, conforme item 3.2.2 desta instrução.

O exame do ato de gestão priorizou o seu cotejo com o Decreto n.º 2.745/98 e com Manual de Procedimentos Contratuais da Petrobras, visto que esses foram os normativos que serviram de base para o ato, e, ainda, continuam sendo aplicados pela empresa pelo fato deste Tribunal ainda não ter se pronunciado com relação ao pedido de reexame da Decisão 663/2002 - Plenário, não obstante o entendimento da equipe pela inaplicabilidade do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado devido a sua inconstitucionalidade, consoante item 4.2.1 desta instrução.

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, e que a classificação estipulada no edital de qualificação foi baseada na pontuação total, conclui-se que a adoção do Ato de Gestão pela Diretoria da Transpetro não poderia ter sido enquadrada no permissivo constante no subitem 4.1.7.8.1 do Manual de Procedimentos Contratuais da Petrobras, consoante o item 4.2.2 desta instrução.

O Ato de Gestão utilizou critério diverso do previsto no edital, afrontando diretamente os princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Isonomia previstos no item 1.2 do Decreto n.º 2.745/98 c/c art. 3º da Lei n.º 8.666/93, conforme item 4.2.3 desta instrução.

## 6) PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO.

Considerando a materialidade dos recursos envolvidos no Programa de Modernização e Expansão da Frota da Petrobras Transporte S/A – PROMEF, no montante de 1,9 bilhão de dólares americanos, do qual faz parte a Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004.

Considerando que ficou demonstrado nesta instrução o “*fumus bonis juris*”, tendo em vista a caracterização dos indícios de irregularidades apontados.

Considerando que, conforme informado à equipe de auditoria pela Coordenação do PROMEF, os convites decorrentes da Pré-Qualificação Internacional n.º 01/2004 serão enviados apenas aos pré-qualificados pela Comissão de Licitação e pelo Ato de Gestão n.º 111, logo em seguida a homologação do resultado desse certame, que ocorrerá até dia 9 de setembro de 2005, caracterizando, assim, o



“*periculum in mora*”, ensejando a urgência na adoção de medida cautelar por parte deste Tribunal, decorrente de fundado receio de grave lesão a direito alheio e de possível dano ao erário, em razão de impedimento indevido de participação de concorrentes em futuros certames.

Submetem-se os autos à consideração superior, propondo ao Ministro Relator que:

- 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 n.º 111, 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;
- 3) seja encaminhada cópia integral do Despacho exarado nos autos, bem como da instrução desta Unidade Técnica, à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional – CPMI dos Correios;
- 4) sejam juntados os presentes autos ao TC-003.617/2005-5.



Brasília-DF, 26 de agosto de 2005.

Bruno Lima Caldeira de Andrada  
*ACE - Mat.4253-6*  
*Coordenador*

Alessandro Filadelpho Bélo  
*ACE - Mat. 4650-7*  
*Membro*

RQS nº 03/2005 - CN - CPMI - CORREIOS
Els: <u>1142</u>
<u>3505</u>
Doc: _____