VOTO

Trata-se de representação formulada pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Paulo Soares Bugarin, em razão de notícias veiculadas no Jornal Estado de São Paulo, em 3/10/2014, e no periódico Carta Capital, de 2/10/2014, acerca de supostas irregularidades no Convite Internacional 006.8.009.10.0, realizado no âmbito da Petrobras Transporte S.A. – Transpetro com vistas à aquisição de 20 comboios, constituídos por 80 barcaças e 20 empurradores, destinados ao transporte de etanol pela hidrovia Tietê-Paraná, com parcela majoritária de recursos provenientes do Fundo da Marinha Mercante.

2. A presente representação atende aos pressupostos do art. 81, I, da Lei 8.443/92, c/c o art. 237, VII e parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, razão por que merece ser conhecida.

3. Quanto ao mérito, da análise das informações contidas nos autos, reputo parcialmente procedente a representação em tela, pelas razões que passo a expor.

4. Preliminarmente, impende ressaltar que as supostas irregularidades apontadas pelo representante em sua peça inicial, motivadoras das diligências efetivadas pela SecexEstatais, envolvendo o Convite Internacional 006.8.009.10.0, podem ser assim sintetizadas: a) ocorrência de restrição de competitividade e de direcionamento no procedimento licitatório; b) prática de sobrepreço; c) incompatibilidade entre o calado operacional e dimensões das barcaças com os gabaritos das eclusas existentes na hidrovia. Quanto a esses indícios de irregularidades apontados pelo **Parquet** especializado, concordo integralmente com a análise empreendida pela unidade técnica.

5. Com efeito, em relação ao primeiro indício (restrição de competitividade e direcionamento na licitação), as suspeitas foram devidamente elucidadas, chegando-se à conclusão de que não houve favorecimento ao consórcio vencedor do certame.

6. Quanto ao indício de sobrepreço, apesar de o mesmo ter sido afastado, foi verificado que a comissão de licitação pautou-se, para fim de julgamento das propostas comerciais, em orçamento não aprovado pelo Conselho de Administração e pela Diretoria Executiva, em desrespeito ao art. 34, II, 'q', do Estatuto Social da Transpetro.

7. Em razão da constatação acima, faz-se oportuno expedir determinação à Transpetro para que somente inicie a fase externa dos certames licitatórios quando o projeto básico estiver definitivamente aprovado e a provisão dos recursos suficientes à sua execução tiver sido efetivada, em conformidade com o item 1.4 do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, devendo adotar, nos casos em que haja alteração significativa no montante de recursos alocados – em função de novas premissas não consideradas na orçamentação original –, providências para que não haja desrespeito à cadeia de comando normativamente prevista.

8. Em relação ao terceiro e último indício (incompatibilidade entre o calado operacional e dimensões das barcaças com os gabaritos das eclusas existentes na hidrovia), restou comprovado que a Transpetro, em seu projeto, considerou não apenas as condições operacionais atuais, mas também aquelas que poderiam vir a ser adotadas durante a vida útil dos comboios e o prazo de construção dos mesmos, haja vista os investimentos na ampliação da capacidade da hidrovia que estão sendo providenciados pelo Governo de São Paulo e pelo Governo Federal. Pertinentes, portanto, as seguintes considerações da unidade técnica:

> 38. A Transpetro sobre o tema defendeu expressamente que:
>
> > Com base em estudo elaborado pelo DHST - Departamento Hidroviário da Secretaria de Transporte de São Paulo, que registrou a variação da Lamina d'água na região no período de 2006 a 2009, a TRANSPETRO **especificou o calado dos comboios em 3,0 metros,**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54751365.

considerando a possibilidade de navegar por cerca de 180 dias por ano com carga adicional compatível com este calado, gerando maior receita para companhia sem, no entanto, impedir a navegação com calado de 2,70 no período restante.

As Normas da DHN [peça 51, p. 44] estabelecem no seu artigo 3° o **calado máximo de 2,70 metros para navegação segura na hidrovia Tietê - Paraná**, mas também no parágrafo 1° do artigo 4° **prevê autorização de calado superior caso as condições sejam favoráveis.**

[...]

40. O FMM se pronunciou à peça 26 e informou (p. 8) que está em licitação pela Secretaria de Estado dos Negócios dos Transportes do Estado de São Paulo, através da licitação DH026/2010 a realização de obras para aumento da profundidade para 3,3 m entre o reservatório de Barra Bonita e Bariri.

41. Entende-se que a Transpetro em seu projeto considerou não apenas as condições operacionais atuais, bem como aqueles que poderiam vir a ser adotadas durante a vida útil do comboio e o prazo de construção dos mesmos. Ou seja, tentou-se imaginar qual seria o resultado dos diversos investimentos de ampliação da capacidade da Hidrovia que estão em andamento pelo Governo de São Paulo e pelo Governo Federal.

42. Ressalta-se que quando as condições forem desfavoráveis pode haver deslocamento das barcaças, mas estas não estarão viajando com sua capacidade total de carga.

43. Por todo exposto, **considera-se afastada também esta suspeita de irregularidade**. (grifei)

9. Duas outras questões, no entanto, foram levantadas pela própria SecexEstatais. No que diz respeito aos possíveis atrasos na entrega dos comboios, sem reparos a análise e a proposta da unidade técnica, a seguir transcritas:

45. Ressalta-se que, conforme verificação de todas as peças que compõem o processo licitatório apresentadas pela Transpetro, algumas juntadas nestes autos e já referidas na análise até aqui empreendida, o objeto da presente licitação era muito complexo, envolvendo a preparação de área para canteiro de obras e de um estaleiro, com diversas especificações técnicas, e também projetos detalhados e precificação de empurradores e barcaças componentes dos comboios.

46. Em que pese à informação acima, seis consórcios apresentaram propostas o que demonstra que houve concorrência no certame em comento.

47. O recurso apontado pelo Consórcio Mendes Júnior/Concórdia (peça 44, p. 3-29), constante do Anexo VII ao Relatório da Comissão de Licitação, denota problemas gerais de falhas na especificação técnica, e não de direcionamento, pois falhas apontadas na proposta técnica do consórcio vencedor, também aparecem em outras propostas, tal como problema de espessura das chapas.

48. Conclui-se, pela informação acima e pelos pedidos recorrentes de prorrogação de prazo para apresentação das propostas, que o prazo era muito exíguo, dada a complexidade do objeto a ser licitado. Essa escassez de tempo para escolher o melhor local para instalação e planejar adequadamente as etapas da construção do estaleiro e dos comboios, certamente, colabora com aumento do risco de não cumprimento dos prazos pactuados e demonstra que a Transpetro precisava acelerar seu processo de contratação.

49. **Conforme informação passada pela equipe de fiscalização que esteve *in loco* observando as obras de construção do ERT nos trabalhos de campo no âmbito do último acompanhamento realizado por esta Secretaria de Controle Externo aos contratos decorrentes do Promef (TC 025.692/2013-5)**, *ex vi* item 2 desta Instrução e documentos juntados à peça 36, p. 32-37, **foram apresentadas justificativas para os atrasos ocorridos até aquele momento, principalmente no que tange à preparação do terreno para a construção do estaleiro**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54751365.

50. **Há informação, na resposta da Transpetro à diligência encaminhada (peça 29, p. 17), que o assunto da presente Representação foi objeto da Auditoria Especial 201408039, conduzida pela Controladoria-Geral da União - Secretaria Federal de Controle Interno. Entretanto, o relatório da equipe de auditoria está tramitando internamente para despacho das instâncias superiores e, portanto, não se encontrava disponível para análise**.

51. **Considerando a relevância do tema, entende-se conveniente encaminhar proposta de determinação à CGU para que encaminhe a citada Auditoria Especial, acompanhada dos anexos que fundamentam os fatos e análises expostas, para que esta Secretaria de Controle Externo tome conhecimento das constatações por ventura existentes e possa adotar as medidas pertinentes**. (grifei)

10. No que concerne à questão da "não desclassificação das propostas técnicas em desconformidade com o projeto básico ou devolução das propostas comerciais com determinação de novo prazo para apresentação das propostas técnicas e comerciais escoimadas dos vícios apontados" (itens 52 a 56 da instrução), a SecexEstatais assim se manifestou:

> Por fim, traz-se à baila uma questão relacionada com a escassez de prazo mencionada no parágrafo 48. Quando da resposta ao Recurso de Reconsideração do Consórcio Mendes Júnior/Concórdia (peça 45, p. 6), a Comissão de Licitação ao tratar das não-conformidades das propostas técnicas defendeu o seguinte, *in verbis*:
>
> > A Comissão registra que o julgamento das propostas técnicas não prevê a atribuição de notas; e também **registra que todas as propostas técnicas apresentadas, sem exceção (inclusive a proposta do Consórcio Recorrente) contém não-conformidades, não-conformidades estas perfeitamente solúveis quando do detalhamento e desenvolvimento do projeto**.
> >
> > **A verificação de não conformidades em todas as propostas técnicas, com a classificação das mesmas, importou em tratamento isonômico de todos os concorrentes e preservou o princípio maior da licitação, que é o de assegurar o maior número de competidores**, de modo a garantir a máxima competitividade, **para que ao final se obtenha a melhor proposta**, pelo que a Comissão decide por indeferir o pedido, e encaminhar a V. Sa para a competente avaliação e julgamento. (grifou-se)
>
> 53. **Os argumentos da Comissão de Licitação são compreensíveis no sentido buscar a isonomia de tratamento, mas na prática trata igualmente os desiguais e em consequência se afasta do fim que se quis atingir**. O atingimento do objetivo maior da licitação é o de garantir a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração e para isso a vinculação ao instrumento convocatório torna-se fundamental.
>
> 54. Para melhor se entender a impropriedade acima exposta e que a intenção da Comissão de Licitação pode não atingir aos objetivos aos quais se propõe, expõe-se um **caso concreto: descumprimento ao item 3.2.2 do projeto básico - Espessura das chapas inferior ao que foi solicitado no edital** (peça 44, p. 20).
>
> 54.1. **A apresentação de projeto com chapas de 6,35mm, quando o mínimo exigível é 8mm, certamente impacta na quantidade total de aço a ser usado, no peso das unidades e por fim diminui o valor total do projeto**.
>
> 54.2. **Provavelmente as outras empresas que apresentaram proposta comercial seguindo o projeto básico, apresentaram preço maior do que apresentariam e daí a mácula ao princípio da isonomia**.
>
> 54.3. Tudo indica que **o Consórcio Rio Maguari/SS Administração/ESTRE Petróleo corrigiu o seu projeto e manteve os preços ofertados, pois os contratos foram assinados com chapas de 8mm**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54751365.

54.4. Entretanto, **nessas condições, a Administração assume o risco de a mudança tornar a proposta apresentada pelo Consórcio contratado inexequível**, o que vai repercutir negativamente na execução contratual.

55. Considerando, conforme exposto na parte final do parágrafo 48, que **havia uma necessidade premente pela contratação no prazo mais exíguo possível, considerando que não há comprovação que este procedimento tenha mudado deliberadamente o resultado da licitação, considerando que não há comprovação de que as não-conformidades do Consórcio vencedor tenha tornado o contrato inexequível, considerando que não há reporte de nenhuma outra impropriedade relacionada à conduta dos membros da Comissão de Licitação, considerando que não há nos autos elementos que demonstrem a má-fé dos mesmos, entende-se medida de extremo rigor chamá-los em audiência para justificar tal procedimento apenas com base nesta impropriedade**.

56. Contudo, não obstante essa consideração**, o sentido de urgência em se chegar a um resultado final no Convite Internacional 006.8.009.10.0 pode ser considerado uma causa objetiva que levou a Administração a não observar os princípios constitucionais e legais que devem reger os procedimentos licitatórios** sendo oportuno que se encaminhe proposta de determinação para que tal fato não ocorra mais futuramente. (grifei)

11. Após aduzir as considerações acima reproduzidas, a unidade técnica propôs a expedição de determinação à Transpetro com o seguinte teor: "nos processos licitatórios de grande relevância na modalidade melhor técnica e preço, em prol da elevada competitividade e de se manter o maior número possível de licitantes, **quando houver um grande número de propostas técnicas em desacordo com o projeto básico, avaliar a oportunidade e conveniência de se abrir novo prazo para apresentação das propostas escoimadas dos vícios existentes**, em respeito aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia aos licitantes, da legalidade, da eficiência e sobretudo da garantia de contratação da proposta mais vantajosa para a Companhia". (grifei)

12. Com as devidas vênias, discordo do teor dessa determinação alvitrada pela unidade técnica, basicamente por duas razões. Em primeiro lugar, porque propostas técnicas em desacordo com o projeto básico anexo ao edital deverão, a teor dos arts. 43, IV e § 3º, e 48, I, ambos da Lei 8.666/93, abaixo transcritos, ser desclassificadas, exceto se contiverem erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, os quais poderão ser saneados pela própria comissão de licitação.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...)

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, **promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis**;

[...]

§ 3º É **facultada à Comissão** ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a **promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo**, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

[...]

Art. 48. Serão **desclassificadas**:

I - as **propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação**; (grifei)

13. Dispositivos de teor bastante similar são os itens 6.1, 'd', 6.7 e 6.11, todos do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, abaixo transcritos:

6.1. As licitações serão processadas e julgadas com a observância do seguinte procedimento: (...)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54751365.

d) verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do instrumento convocatório, **promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis**;

[...]

6.7. É **facultada à Comissão** ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a **promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento licitatório**, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

[...]

6.11. A Comissão fará a análise, avaliação e classificação das propostas rigorosamente de conformidade com o critério estabelecido no ato de convocação, **desclassificando as que não satisfizeram, total ou parcialmente, às exigências prefixadas**. (grifei)

14. Em segundo lugar, as situações que justificam "abrir novo prazo para apresentação das propostas escoimadas dos vícios existentes" encontram-se perfeitamente delineadas no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/93, senão vejamos.

Art. 48. (...)

§ 3º **Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas**, **a administração poderá fixar aos licitantes** o **prazo** de oito dias úteis **para a apresentação** de nova documentação ou de **outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo**, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. (grifei)

15. Além de não existir tal previsão no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, é pacífico nesta Corte o entendimento de que a Transpetro encontra-se submetida ao disciplinamento da Lei 8.666/93. Assim sendo, é condição para que a entidade possa lançar mão da prerrogativa inserta no supracitado dispositivo legal que a situação concreta atenda aos exatos pressupostos do aludido dispositivo, quais sejam, 'todos os licitantes inabilitados' ou 'todas as propostas desclassificadas'.

16. **Ad argumentandum**, ainda que o projeto básico apresentasse falhas (o que não é o caso!), por fazer exigências incompatíveis com o objeto a ser executado, esse fato não autorizaria a comissão de licitação a simplesmente desconsiderar tais exigências. Ao contrário, reforçaria a necessidade de o procedimento ser anulado e o projeto submetido a novo exame pelas áreas técnicas. Nesse sentido, impende trazer à colação o seguinte excerto do sumário do Acórdão 3.345/2015-Plenário:

1. **Ilegalidade no edital que restrinja a competitividade ou impacte a formulação de propostas não autoriza os responsáveis pela licitação a dispensar exigências previamente nele definidas**. Ao contrário, **exigem a anulação do procedimento, a correção da ilegalidade e a republicação do edital**.

2. A proposta mais vantajosa é a que apresenta menor preço e atende às demais exigências fixadas no edital. (grifei)

17. A despeito dessas considerações, tendo em vista as atenuantes elencadas pela unidade técnica, considero que seria realmente medida de extremo rigor chamar em audiência os membros da comissão de licitação. E se tivesse que expedir determinação à Transpetro, seria tão somente no sentido de observar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expressamente previsto no art. 3º da Lei 8.666/93 e materializado nos arts. 4º, **caput**, e 41, **caput**, da mesma lei, abaixo transcritos:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54751365.

> Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à **fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei**, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.
>
> [...]
>
> Art. 41. **A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada**. (grifei)

18. Entendo, no entanto, desnecessária determinação dessa natureza, cabendo tão somente dar ciência da irregularidade constatada, a fim de que a Transpetro evite a sua repetição em futuros certames.

19. Por derradeiro, estando os autos em meu Gabinete, deu entrada o Ofício nº 16/2016/SFAT/MT, por meio do qual a Srª Laira Vanessa Lage Gonçalves, Secretária-Substituta de Fomento para Ações de Transportes solicita "informações atualizadas para orientar decisão sobre financiamento com recursos do Fundo da Marinha Mercante à Petrobras Transportes S.A. para a aquisição de embarcações".

20. Mais especificamente, solicita a este Relator "informar se a existência da investigação no MP e a apuração neste TCU implicam em impedimento à liberação de recursos do FMM para o agente financeiro cumprir com o contrato de financiamento celebrado com a Transpetro". Solicita resposta com a urgência possível, "uma vez que a construção do comboio [segundo] já foi concluída, a CEF já solicitou os recursos do FMM para que a Transpetro honre seu compromisso junto ao estaleiro construtor e que o prazo previsto em convênio com o agente financeiro para o DMM cumprir suas obrigações no financiamento já está ultrapassado".

21. Uma vez que o presente processo já está em condições de ser apreciado por este Plenário, proponho seja encaminhada cópia do acórdão a ser proferido nesta oportunidade também à Secretaria de Fomento para Ações de Transportes/Departamento da Marinha Mercante, no âmbito do Ministério dos Transportes.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 17 de fevereiro de 2016.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54751365.