

PROCESSO: 951.578
NATUREZA: Denúncia
DENUNCIANTES: Horta e Granja Comunitária Bárbara Chadid Salazar
DENUNCIADO: Polícia Militar do Estado de Minas Gerais - PMMG
ANO/REF. 2015

I- Introdução

Tratam os presentes autos de Denúncia formulada pela empresa Horta e Granja Comunitária Bárbara Chadid Salazar (antiga empresa Autoserv Shopping Car EPP) em desfavor da Polícia Militar de Minas Gerais - PMMG sob o fundamento de que o procedimento licitatório na modalidade Pregão Eletrônico nº 04/2015, instaurado para aquisição de peças e acessórios originais novas e de primeira linha, estariam eivados de nulidade.

Em síntese, as denúncias apresentadas pelo denunciante foram as seguintes:

- 1- O prazo de entrega das peças e acessórios originais foi estipulado em 20 (vinte) horas de segunda a quinta-feira, e de 64 (sessenta e quatro) horas na sexta, contados a partir da autorização do fornecimento ou do recebimento da Nota de Empenho, de acordo com a demanda do Contratante, o que afrontaria os princípios da “Igualdade e da Ampliação da Disputa”;
- 2- Uso do termo “originais” na definição do objeto do Convênio: “acessórios e peças originais para veículos das marcas Honda, Yamaha, Volkswagen, Fiat, Chevrolet, Mercedes Benz, Iveco, Ford e Renault, implicaria em restrição de competitividade.

Esta Unidade Técnica em sua análise de fls. 338/393 considerou que as irregularidades apontadas pelo denunciante não teriam maculado o processo licitatório e sugeriu o arquivamento da presente denúncia.

O Ministério Público de Contas em seu Parecer de fls. 398/404, frente e verso, ratificou o entendimento desta 4ª CFE no que concerne à definição do objeto licitado e, quanto ao prazo estabelecido para a entrega dos produtos licitados, discordou do posicionamento deste órgão Técnico, para considerar irregulares as disposições editalícias, aduzindo em síntese:

- 1- que esta Corte em reiteradas decisões teria se manifestado contrariamente à exigência de entrega dos produtos licitados em prazo exíguo;
- 2- que o estabelecimento de prazo exíguo para a entrega das mercadorias:

- a- configuraria medida limitadora do número de participantes no procedimento licitatório, em evidente ofensa ao princípio da ampla competição;
 - b- afastaria potenciais licitantes por torná-los incapazes de fornecer os produtos licitados em tempo hábil, em razão da distância entre suas sedes e o Município responsável pela licitação;
 - c- refletiria um privilégio aos fornecedores locais, o que contrariaria o disposto no §1º do inciso I do art. 3º da Lei 8.666/93;
 - d- poderia gerar despesas mais elevadas para a Administração porque o fornecedor poderia repassar ao adquirente os custos necessários para o envio das mercadorias;
- 3- que a fixação do prazo de entrega deveria ser ponderada de modo a não prejudicar, sobremaneira, a isonomia entre os participantes, a competitividade e a obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração.

Além da suposta irregularidade apontada pelo denunciante o douto *Parquet* de Contas verificou as seguintes possíveis irregularidades:

- 1- que a exigência de peças da linha de produção do fabricante, item 5.8 do edital do pregão eletrônico nº 04/2015, configuraria restrição ao caráter competitivo do certame, não teria fundamento técnico, infringiria o princípio da isonomia, e daria azo ao favorecimento de determinadas empresas em detrimento de outras;
- 2- que o impedimento de participação de empresa estrangeira que não funcionasse no país, item 3.2.1 do edital do pregão eletrônico nº 04/2015, representaria ofensa ao princípio da isonomia, seria uma medida restritiva que inibiria a participação de potenciais fornecedores, e sugere que em futuros editais da PMMG não conste tal impedimento;

Por fim, opinou pela citação dos responsáveis.

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram defesas que foram juntadas às fls. 415/481 e 483/490 destes autos.

Por determinação do Relator, fl. 405, foram os presentes autos encaminhados à esta 4ª CFE para análise das defesas apresentadas.

II- Das defesas apresentadas

II.1- Defesa apresentada pelo Sr. Vitor Augusto Araújo, fls. 415/481

II.1.1- Quanto às irregularidades constantes da Denúncia original, o defendente aduziu em síntese:

- 1- que o edital questionado seguiria a minuta padrão contida no portal Compras do Governo de Minas Gerais; que as minutas de editais teriam sido elaboradas pela SEPLAG e aprovadas pela AGE por meio da Nota Jurídica AGE Nº3.355/2012;
- 2- que a referida minuta padrão SEPLAG restringiria a participação de empresas em situação de falência, concordata, recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, dissolução, liquidação ou empresas estrangeiras que não funcionem no país;
- 3- que essa seria também uma recomendação da Advocacia Geral do Estado – AGE;
- 4- cita decisão exarada por esta Corte nos autos do processo 876.320, no qual o Ministério Público de Contas teria opinado pela manutenção do resultado do processo licitatório, mesmo diante da irregularidade noticiada, em razão da ausência de impugnação sobre a cláusula e da inexistência de inabilitação de licitante sob esse fundamento, além da impossibilidade de se fazer nova prova da “ausência de restrição da participação de empresas estrangeiras”, conforme havia sugerido a Unidade Técnica;
- 5- que não teria havido violação do princípio da competitividade, porque nenhuma empresa estrangeira teria se interessado em participar do certame;
- 6- que o referido impedimento não teria restringido a competitividade, porque cerca de 10 (dez) empresas teriam participado do certame;
- 7- que tal impedimento não constaria mais dos editais do 1º Batalhão da Polícia Militar - 1º BPM;
- 8- quanto ao prazo de 20 horas para fornecimento do objeto licitado, o defendente afirma que as funções de policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública não permitiriam que a Polícia Militar aguardasse longos prazos para promover os reparos das viaturas utilizadas para a prestação desses serviços públicos essenciais à sociedade, sob pena de prejuízos irreparáveis à segurança pública. Cita decisão proferida no processo nº 888.114, no qual a fixação do prazo de 24 horas para a entrega das peças para a manutenção dos veículos utilizados para o policiamento foi considerado consonante com os princípios da

razoabilidade e da competitividade, não caracterizando condição restritiva à ampla participação, nem tampouco comprometendo a obtenção da proposta mais vantajosa.

- 9- que o procedimento licitatório em tela já teria sido finalizado, que teria havido a participação de um número considerável de concorrentes, e não teria havido nenhuma impugnação quanto ao prazo estatuído;
- 10-que a contratação decorrente do procedimento licitatório em questão não teria gerado ônus para a Administração, haja visto o percentual de desconto obtido para cada lote licitado;
- 11-que os contratos teriam sido cumpridos em seus exatos termos pelos licitantes vencedores, nos exatos prazos fixados pelo edital;
- 12-que a especificação do objeto licitado, peças e/ou acessórios originais, não teria afrontado a competitividade, tendo propiciado a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme preceitua o art. 3º da Lei 8.666/93

II.1.2- Quanto às supostas irregularidades aditadas pela Representante do Ministério Público à Denúncia Original, o defendente, em síntese, aduziu:

- 1- quanto a afirmação de que a exigência de que as peças adquiridas fossem originais e que pertencessem à “linha de produção do fabricante” implicaria em comprometimento da competitividade do certame, o defendente afirmou que:

No edital teria sido utilizado o conceito de peças originais exarado pelo Superintendente da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças - ANFAPE, que em suma diria que as peças quando são comercializadas com o próprio nome do fabricante – também fornecedor para a montadora – recebem o nome de originais.

De fato, as peças fornecidas para as montadoras, que integram o produto original (veículo automotor) em sua linha de montagem, são consideradas originais. Já as peças fabricadas por fornecedores das montadoras e vendidas no mercado independente são consideradas genuínas ou de reposição original, conforme disposto na Norma Brasileira Regulamentadora – NBR nº 15.296, de 2005.

A peça de reposição original é destinada a substituir peça de produção original para efeitos de manutenção ou reparação, caracterizada por ter sido concebida pelo mesmo processo de fabricação (tecnologia), apresentando as mesmas especificações técnicas da peça que substitui.

(...)

Primeiramente, o que iria ser adquirido seriam peças e/ou acessórios originais. Segundo, peças que iriam ser da linha de produção do fabricante, ou seja, da linha de produção de quem irá produzir. Terceiro, se este fabricante fornecer peças para concessionárias, estas irão receber as marcas de suas respectivas montadoras, se não, as peças terão a sua própria marca, ou seja, a marca de quem as produziu. Por isso, elas podem ser comercializadas no mercado automotivo, com a marca de quem está fabricando. O que importa é que as peças sejam concebidas pelo mesmo processo de fabricação (tecnologia) e apresentem as mesmas especificações técnicas da peça que irá substituir, não importando quem seja o fabricante. Por isso se tratar de peças originais.

Não foi exigido que as peças que seriam adquiridas fossem somente peças de reposição original comercializadas pelas redes de concessionárias com a inscrição das montadoras. O que se exigiu foi que as peças garantissem o mínimo de qualidade e segurança, ao contrário das demais peças de reposição, também denominadas de pós-venda, que podem não apresentar as mesmas especificações técnicas, qualidade, aplicação e funcionabilidade da produzida originalmente, além de depreciar o bem público, ora resguardado no presente certame.

(...) no que tange a peças, a norma regulamentadora não traça distinção entre peças genuínas e peças originais, que, afinal, se consubstanciam em expressões sinônimas, por corresponderem, a peças de reposição original para efeito de manutenção e reparação, independentemente de quem seja o fabricante, ou distribuidor, e, inclusive, de conterem, ou não, a logomarca da montadora.

II.2- - Defesa apresentada pelo Sr. Cláudio Manoel da Costa, fls. 483/491

- 1- Quanto à descrição do objeto no edital, o defendente aduziu que tanto o parecer desta Unidade Técnica quanto o Parecer do MP de Contas, seriam uníssomos em entender que a designação usada no edital seria mais correta do que aquela proposta pelo denunciante;
- 2- Quanto ao uso da expressão “peças pertencentes à linha de produção do fabricante”, o defendente aduziu que o escopo da inclusão desta expressão não teria sido restringir a participação no certame, mas sim garantir que as peças fossem originais/genuínas, ou seja, que fossem provenientes da linha de produção do fabricante com o escopo de vedar as chamadas peças similares ou paralelas.
- 3- Quanto ao argumento de que o prazo previsto no edital seria exíguo, o defendente arguiu:
 - a- que o precedente desta Corte citado pela *Parquet* de Contas, fls. 399, verso, teria sido emitido por este Tribunal na análise de um edital que teria estabelecido o prazo de 4

(quatro) horas para o fornecimento de peças, tempo que seria bem inferior às 20 (vinte) horas previstas no edital em comento;

- b- Que a previsão de 20 horas teve o propósito de atender o interesse público porque a paralização da frota à espera do fornecimento de peças ou acessórios prejudicaria a segurança pública;
 - c- Que não teria havido restrição à concorrência porque teriam participado do certame 10 (dez) empresas;
 - d- Que a empresa contratada estaria executando o acordado tempestivamente;
- 4- Quanto a limitação de participação de empresas estrangeiras no certame, o defendente concordou em acatar a previsão a ser feita nos próximos editais;
- 5- Por fim, o defendente afirmou que o subscritor do edital e ordenador de despesas teria sido o Ten Cel PM Vitor Augusto Araújo e a Assessora Jurídica Lúcia Regina da Silva Gomes, tendo sido ele arrolado como equipe de apoio, e que, portanto, não seria exigível que ele, como subordinado, contrariasse seu superior hierárquico, sem ter conhecimento de direito administrativo e de licitações.

III- Análise Técnica

III.1 - Quanto à exigência de peças genuínas, esta Unidade Técnica, com a devida *vênia* mantém o posicionamento exposto na análise técnica de fls. 384/393, saber:

Esta Unidade Técnica, analisando o mérito da presente denúncia, pelos mesmos fundamentos externados pelo membro do Ministério Público de Contas no item 19 de sua Manifestação Preliminar, fl. 141, verso, ratifica o parecer ministerial e considera “justificável a exigência de fornecimento de peças genuínas (...)”.

III.2- Quanto ao prazo de entrega das peças

Considerando o caráter de acentuada emergência dos serviços prestados pela PMMG, a imprescindibilidade indiscutível e constante da frota automobilística para sua consecução, e o fato de que a empresa vencedora do certame vem adimplindo tempestivamente com as obrigações assumidas, esta 4ª Coordenadoria entende que o prazo exigido não implicou em restrição ao caráter competitivo do certame, até porque 10 empresas dele participaram.

Ademais, a PMMG informa que o licitante vencedor no certame vem cumprindo o prazo tempestivamente sem que isto tenha implicado em ônus para a Administração.

III.3- Quanto às possíveis restrições à competitividade aduzidas pelo MP de Contas

a- Quanto à exigência de que as peças e/ou acessórios fossem da linha de produção do fabricante

Considerando as razões expostas pelos defendentes e que, inclusive, o vencedor do certame não foi uma empresa concessionária autorizada¹, esta Unidade Técnica, entende que tal exigência não maculou o processo licitatório.

Neste sentido foi a manifestação do Relator Sebastião Helvécio no processo de Denúncia nº 884.781 apresentada perante este Tribunal pela empresa Autoserv Shopping Car Ltda:

(...)

Assim, desde que os instrumentos convocatórios não restrinjam as peças de reposição original/genuína/legítima àquelas comercializadas pelas redes de concessionárias com a inscrição das montadoras, entendo pela legalidade da exigência, visto que garantem o mínimo de qualidade e segurança, ao contrário, das demais peças de reposição, também denominadas de pós-venda que, conforme conceitua a ABNT, podem não apresentar as mesmas especificações técnicas e qualidade da produzida originalmente².

b- Quanto ao impedimento à participação de empresa estrangeira que não funcionasse no país

Analisando o contrato constata-se que o subitem 3.2.1 do item 3.2 da cláusula 3 do edital dispõe que as empresas estrangeiras que não funcionem no país não poderão participar do certame.

Tal restrição, compromete a ampla competitividade e viola o artigo 3º, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.666 de 1993, que dispõe *in verbis*:

Art. 3º (...).

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I-admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

¹ Informação prestada pelo defendente Cláudio Manoel da Costa, fl. 486

² <http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/696405>

II- estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras..."

A art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, dispondo acerca do processo licitatório estabelece, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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 indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

A matéria não é nova neste Tribunal de Contas, nos autos do processo de denúncia nº 924.115 a Segunda Câmara desta Corte decidiu que:

O impedimento da participação de empresas de origem estrangeira denota restrição não justificada ao certame, ofendendo o princípio da ampla competitividade e violando o artigo 3º, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.666 de 1993, ao impedir a participação de empresas que possuam condições de fornecer os produtos licitados apenas pelo fato de tais empresas não funcionarem no país.

Neste mesmo sentido o conselheiro Gilberto Diniz, como relator do processo de Denúncia nº 958.177, aduziu *in verbis*:

Devem os editais de licitação assegurar tratamento isonômico entre empresa estrangeiras e brasileiras, em harmonia com os princípios da isonomia e da competitividade.

No âmbito deste Tribunal de Contas, consignou-se o entendimento de que deve ser suprimida dos editais de licitação a vedação à participação de empresas estrangeiras que não funcionem no país, conforme excerto do voto condutor exarado pelo Conselheiro Mauri Torres, no Processo nº 886.660 –1ª Câmara, que ora reproduzo:

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas [...] considerou irregular a vedação à participação de empresas estrangeiras sem sede no país imposta no edital, conforme trecho do parecer conclusivo, às fls. 739/743, que abaixo destaco:

É evidente que as empresas estrangeiras em funcionamento no país não necessitam ter sede e administração no Brasil. O art. 1.134 do Código Civil não inclui tais exigências entre os requisitos para a empresa estrangeira funcionar no país.

E o art. 1.136, §2º, incisos I e II, do Código Civil dispõe expressamente que a sociedade estrangeira autorizada a funcionar no país deve indicar, entre outras informações, a “sede da sociedade no estrangeiro e o lugar da sucursal, filial ou agência, no País”.

Dessa forma, por restringir indevidamente o caráter competitivo do certame, verifica-se ser irregular a vedação da participação no certame de “empresas estrangeiras que não tenham sua sede e administração no país”, contida no item 3.2 do edital.

Verifica-se que para participar de licitações nacionais as empresas estrangeiras devem estar em funcionamento no país, devendo ser apresentado o decreto de autorização para funcionamento, nos termos do inciso V do art. 28 da Lei de Licitações.

Assim, concordo com o Parquet que a exigência de comprovação de que a empresa estrangeira possua sede e administração no país não encontra amparo legal, pois deveria ter sido exigido documento que autorizasse a empresa estrangeira a funcionar no país.

Todavia, no caso ora analisado, levando-se em conta a natureza do objeto licitado, não considero que o equívoco cometido na redação da disposição editalícia tenha causado qualquer prejuízo ao certame, por suposta limitação à competitividade, em razão mesmo do objeto licitado.

Assim, embora imprópria a redação conferida ao subitem II do item 3.3 do edital do Pregão Presencial nº 003/2015, entendo que não ficou demonstrado que tal restrição tenha causado vulnerabilidade ao procedimento, e, ainda, considerando que não houve impugnação ao edital relativamente a esse item, deixo de responsabilizar os gestores, devendo a Administração atentar-se para tal regramento nos futuros editais.

Esta matéria também já é pacífica no âmbito do Tribunal de Contas da União -TCU que entende que a proibição de participação de empresas estrangeiras no procedimento licitatório restringe, indevidamente, o caráter competitivo da licitação. Neste diapasão a decisão do Ministro Weder de Oliveira nos autos do processo AC-2764-39/13, *in verbis*:

O art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/1993 veda a restrição à participação de empresas estrangeiras nas licitações realizadas pela Administração Pública:

(...)

Considerando, portanto, que a vedação à participação no pregão eletrônico 022/2013GALIC-AC/CBTU de empresas estrangeiras que não funcionem no país (item 2.3.4 do edital), potencialmente, implica restrição injustificada à competitividade do certame e impede a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, com infração ao disposto no caput e no §1º, I, do art. 3º da Lei 8.666/1993, haja vista o risco de se proceder a aquisições antieconômicas

Na doutrina, Marçal Justen Filho discorrendo acerca da matéria, afirma que o tratamento uniforme entre nacionais e estrangeiros é garantia constitucional, incidindo no caso o princípio da isonomia em sua integralidade, e afirma que “não se admite que alguma empresa estrangeira deixe de vencer um certame simplesmente por ser estrangeira”.

Por fim, considerando que os defendentes afirmaram que esta vedação não consta mais nos editais do 1º BPM, esta Unidade Técnica, em homenagem ao princípio da racionalização e anuindo com a douda Procuradora, entende que restou prejudicada a possibilidade de determinação de anulação do edital por parte desta Corte de Contas porque o certame já foi homologado e o objeto adjudicado, razão porque esta 4ª CFE entende superada a análise desta questão.

IV- Conclusão

Esta Unidade Técnica, analisando o Parecer do Ministério Público de Contas e os argumentos expendidos pelos defendentes, conclui que a denúncia formulada não procede, e sugere o arquivamento dos presentes autos no âmbito desta Corte de Contas.

À consideração superior.

4ª CFE, 11 de julho de 2017

Yeda Cristina Compart Campos - TC 1799-7
Analista de Controle Externo