ACÓRDÃO - AC00 - 1902/2022

PROCESSO TC/MS	**:** TC/5885/2020
PROTOCOLO	**:** 2039743
TIPO DE PROCESSO	**:** DENÚNCIA
ÓRGÃO	**:** MUNICIPIO DE SÃO GABRIEL DO OESTE
JURISDICIONADO	**:** JEFERSON LUIZ TOMAZONI
DENUNCIANTE	**:** MULTIQUALITY COMERCIAL E CORRETORA DE SEGUROS LTDA
RELATOR	: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – EDITAL – SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA LICITAÇÃO PARA FORNECIMENTO DE PNEUS – LIMINAR INDEFERIDA – EXCLUSÃO DE MARCAS NA LICITAÇÃO – ESTUDO TÉCNICO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR COM OS PRODUTOS – POSSIBILIDADE MEDIANTE COMPROVAÇÃO LASTREADA NA CERTEZA DAS IRREGULARIDADES APONTADAS – POSSIBILIDADE – EXIGÊNCIA RESTRITIVA DE MARCA NACIONAL – PRIMAZIA DA AMPLA COMPETITIVIDADE – OFENSA À LEGISLAÇÃO – PROCEDÊNCIA PARCIAL – DETERMINAÇÃO.

1. A exigência de que o objeto licitado não seja de determinadas marcas é legítima se foram adquiridos anteriormente e não atenderem às necessidades da Administração, estando a proibição baseada em “estudo técnico” diante da própria experiência anterior com produtos que, durante o breve período de uso, não atenderam aos padrões mínimos de durabilidade, apresentando defeitos.

2. As alegações técnicas ou decisões que têm a aptidão de restringir a competitividade nesse tipo de licitação devem ser comprovadas com apresentação de notas fiscais de compras anteriores, laudos das constatações aferidas nas oficinas, fotografias e outros documentos; portanto, a exclusão de marcas de produtos deve ser lastreada na certeza das irregularidades apontadas, por mais verossímeis que sejam as alegações em “estudo técnico”.

3. Cabe a determinação ao jurisdicionado para que laudos técnicos e decisões sobre exclusão de marcas de pneus sejam documentados com provas, pois deve demonstrar a legalidade/regularidade de seus atos.

4. A exigência de que os produtos sejam de fabricação nacional ofende o disposto no inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93, pois se trata de cláusula restritiva, então, não há como impedir genericamente a participação de produtos de origem estrangeira nas licitações brasileiras que tenham selo de aprovação do Inmetro.

5. Cabe, também, a determinação ao jurisdicionado para que nas próximas licitações deste tipo não faça previsão de só permitir "marca nacional” de pneu, por ser cláusula restritiva, e desrespeitar o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

6. Procedência parcial da Denúncia, com determinação ao atual gestor.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Virtual Reservada do Tribunal Pleno, realizada de 15 a 18 de agosto de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, **I –** pela **procedência parcial** desta **Denúncia** feita pela empresa **Multiquality Comercial e Corretora de Seguros Ltda**, em face de limitação à participação de produtos estrangeiros no **Pregão Presencial nº 47/2020**, do **Município de São Gabriel do Oeste/MS**; **II –** pela **determinação** ao atual gestor para que, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, edite norma interna orientando os responsáveis no sentido de, nas licitações futuras deste tipo, não façam previsão de só permitir "marca nacional" de pneu, por ser cláusula restritiva e desrespeito ao disposto no inciso I, § 1º, do art. 3º da Lei nº 8.666/93; e que os laudos técnicos e decisões sobre exclusão de marcas de pneus sejam documentados com provas, com a comprovação da medida adotada, nestes autos no mesmo prazo. **Retirada do sigilo (peça 36).**

Campo Grande, 18 de agosto de 2022.

Conselheiro **Osmar Domingues Jeronymo** – Assinado nos termos do art. 73, § 3º, II, do Regimento Interno (Resolução TCE/MS nº 98 de 5 de dezembro de 2018)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Vistos, etc.

Trata-se de **Denúncia** formulada pela empresa **Multiquality Comercial e Corretora de Seguros Ltda** em face do **Município de São Gabriel do Oeste**, com pedido de liminar, por supostas irregularidades no **Pregão Presencial nº 47/2020**, tendo por objeto a contratação de empresa para o fornecimento de pneus para atender às necessidades dos veículos e máquinas oficiais, no valor estimado de **R$ 736.832,77** (setecentos e trinta e seis mil, oitocentos e trinta e dois reais e setenta e sete centavos).

Insurgiu-se a denunciante contra cláusulas que considera discriminatórias e ilegais, visto que exigem que os produtos ofertados sejam de "Marca Nacional", de tal forma que impossibilitam a cotação de produtos importados.

Alegou que tais itens restringem a competividade da licitação e ofendem o disposto no § 1º, I, do art. 3º da Lei nº 8.666/93. Também citou jurisprudência do TCU e do TCE/MS (peças 1-7).

Após determinação para emenda à Inicial, o expediente foi recebido sem gravação de sigilo pelo presidente deste Tribunal de Contas (peça 16), por considerar preenchidos os requisitos e se tratar de assunto de competência desta Corte, encaminhando os autos a este Conselheiro Relator.

Na Decisão Liminar **DLM-G.WNB-56/2021** (peça 25), em exame perfunctório, este Conselheiro Relator indeferiu o pedido de suspensão da licitação, por já ter ocorrido a sessão pública do pregão, em 15/05/2020.

Instada a se manifestar, a Divisão de Fiscalização opinou pela improcedência da Denúncia (peça 33).

Em seu parecer conclusivo, **PAR-2ªPRC-13249/2021**, o Ministério Público de Contas seguiu o mesmo entendimento da decisão liminar, concluindo pela improcedência da Denúncia (peça 34).

É o relatório. Passo à fundamentação.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Inicialmente, esclarece-se que foram observadas as disposições descritas no art. 126 e seguintes do RITCE/MS, passando-se ao exame das irregularidades apontadas, tendo em vista a presença dos elementos necessários nestes autos.

Também é importante destacar que para a aplicação de qualquer penalidade é preciso levar em conta que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

(LINDB), com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, abusa de termos como “necessidade e adequação da medida imposta” (Parágrafo único do art. 20), “modo proporcional e equânime” (Parágrafo único do art. 21) ou “natureza e gravidade da infração” e “circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente” (§ 2º do art. 22). Essa homenagem ao **Princípio da Proporcionalidade** também foi destacada na nova Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, inclusive adotando o **Formalismo Moderado**.

A Divisão de Fiscalização em Licitações, Contratações e Parcerias chegou à seguinte conclusão quanto a esta Denúncia (grifos no original):

> *“Ante o exposto, esta Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios manifesta-se pela: a) **Improcedência** da **Denúncia** formulada pela empresa **Multiquality Comercial e Corretora de Seguros Ltda**, pois ficou demonstrado que o edital não exigia que os produtos ofertados fossem de origem nacional, mas, sim, que possuíssem o selo de qualidade do INMETRO, que fossem aprovados e de 1ª linha de fabricação, o que não é vedado pela legislação específica.”*

O Ministério Público de Contas, também levando em consideração a documentação apresentada pelo jurisdicionado no processo de Controle Posterior (**TC/7373/2020**), emitiu o seguinte parecer:

> *“Nestes termos, esta Procuradoria de Contas opina, nos termos do art. 18, II da LC n. 160/12, no sentido de que esta Corte de Contas adote o seguinte julgamento: 1 – pela IMPROCEDÊNCIA da Denúncia formulada pela empresa Multiquality Comercial e Corretora de Seguros Ltda, pois ficou demonstrado que o edital não exigia que os produtos ofertados fossem de origem nacional, mas, sim, que possuíssem o selo de qualidade do INMETRO, que fossem aprovados e de 1ª linha de fabricação, o que não é vedado pela legislação específica;”*

Observo que o principal problema a ser resolvido neste processo é se houve ou não a conduta da administração pública de **limitar a participação na licitação** a interessados, proibindo, assim, produtos importados.

Vejamos o que diz o Edital nos itens 1.1.1 e 4.1 “j”, a seguir reproduzidos (grifo nosso):

> *1.1.1. Nos termos da Resolução Conjunta nº 001/2015/SAF/SMS/SEMEC/SINF, **não serão admitidas as marcas** Ling Long; Greemax; Goodrid su 307; Fortera; Stelmark; Kunho; Tornel; Gigreen; Ovation; JR King; Rich Stone L2; Teik Stone L2; ASX SF266; Maxis UR 281; West Like; Taishan; Starmaxx; JK; General; Maxxis; Troika; Treadura; Sumitomo; **por terem sido adquiridos anteriormente e não atenderem às necessidades da Administração**.*
>
> *...*
>
> *j) **Os pneus deverão ser de marca nacional**, que tenham etiquetagem conforme programa regulamentado pela Portaria n° 544/12 do INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia.*

A Divisão Especializada considerou que essas cláusulas restritivas eram **justificáveis** em razão de as marcas de pneus estrangeiras já terem sido desaprovadas por laudo emitido por seis servidores da Prefeitura Municipal de São Gabriel do Oeste (fls. 33-35).

Referindo-se a esse "estudo técnico" dos servidores anexado à decisão que rejeitou a sua impugnação, a empresa denunciante alegou que tal foi elaborado.

> "...sem base em laudos / relatórios de análises técnicas expedidas por laboratório de ensaio acreditado pelo Inmetro, sem a realização de comparativos de materiais de origem nacional e importada, de modo a se comprovar o desempenho, a qualidade e a produtividade do objeto licitado."

Relevante destacar, ainda, que o Anexo IX do Edital (Resolução Conjunta nº 001/2015/SAF/SMS/SEMEC/SINF) dispensou 12 marcas de pneus em decorrência de sucessivas reclamações quanto à baixa durabilidade e considerável redução da segurança e que o art. 2º dessa norma possibilitou, dentro do prazo de impugnação, que os interessados apresentassem "laudos técnicos confeccionados por institutos com notória capacitação técnica, atestando a qualidade desses produtos" (fls. 75-76).

Do ponto de vista da legislação específica, o que realmente interessa é se os pneus têm certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), conforme determinado pelo art. 5º da Lei nº 9.933/99, cujo selo foi exigido no presente processo licitatório pelo Termo de Referência (fls. 69-70).

A Lei nº 8.666/93 deixa claro que as licitações em geral devem primar pela ampla competitividade e busca da economicidade, sendo vedado à administração exigências ou limitações excessivas, conforme consta do inciso I do § 1º do art. 3º da norma (grifo nosso):

> *§ 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)*

Assentadas as premissas fundamentais, neste exame mais aprofundado, fica evidente que a intenção do jurisdicionado ao vedar 12 marcas de pneu (item 1.1.1 do Edital), foi de evitar produtos de baixa qualidade, porém de forma exagerada ao só permitir "marca nacional" (item 4.1, letra "j").

Legítima a proibição constante do item 1.1.1 do Edital, baseada em "estudo técnico" (fls. 33-3%), diante da própria experiência anterior com produtos que, durante o breve período de uso, não atenderam aos padrões mínimos de

durabilidade, apresentando defeitos como cortes, deslocamento das carcaças, bolhas, flacidez de borracha/material, desgaste irregular e escamas (semelhante a fissuras).

Contudo, cabe aqui uma ressalva, pois alegações técnicas ou decisões que têm a aptidão de restringir a competitividade nesse tipo de licitação devem ser comprovadas com apresentação de notas fiscais de compras anteriores, laudos das constatações aferidas nas oficinas, fotografias e outros documentos.

A exclusão de marcas de produtos deve ser lastreada na certeza das irregularidades apontadas, por mais verossímeis que sejam as alegações em “estudo técnico”.

Cabível, assim, **determinação** ao jurisdicionado para que laudos técnicos e decisões sobre exclusão de marcas de pneus sejam documentados com provas, pois cabe a ele demonstrar a legalidade/regularidade de seus atos.

Quanto à restrição expressa no item 4.1, letra “j”, do Edital, de só permitir "marca nacional” de pneu, há aqui patente ofensa à legislação, pois, trata-se de **cláusula restritiva** não albergada pelas Leis nº 8.666/93 e 9.933/99.

Mesmo no caso de produtos importados, há exigência específica no art. 5º da Lei nº 9.933/99 para que passem por certificação de qualidade. Então, não há como impedir genericamente a participação de produtos de origem estrangeira nas licitações brasileiras que tenham selo de aprovação do Inmetro.

Esta Corte já decidiu nesse sentido, conforme as liminares 36/2020, do Cons. Ronaldo Chadid (**TC/3951/2020**), e 32/2020, do Cons. Márcio Monteiro (**TC/3356/2020**).

Em várias decisões, o Tribunal de Contas da União (TCU) deixou patente a orientação no sentido de que restrição a produto estrangeiro ofende a legislação pátria, como no Acórdão nº 2.241/2011, na Comunicação ao Plenário, TC 037.779/2011-7, Rel. Min. Ana Arraes, 18.01.2011; Acórdão nº 3.769/2012, 2ª Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. em 31.05.2012. Fruto de estudo de um grupo de trabalho especial, o Acórdão 1317/2013 sedimentou o tema naquela corte, com se vê a seguir (grifo nosso):

> *Tribunal de Contas da União. Plenário*
>
> ***Título***
>
> *ACÓRDÃO TCU 1317/2013*
>
> ***Data***
>
> *29/05/2013*
>
> ***Ementa***
>
> *ADMINISTRATIVO. RELATÓRIO DE GRUPO DE TRABALHO CONSTITUÍDO POR DETERMINAÇÃO DO ACÓRDÃO 2241/2011-TCU-PLENÁRIO ESTUDOS DESENVOLVIDOS COM A FINALIDADE DE ANALISAR AS REPERCUSSÕES GERADAS PELA LEI 12.349/2010 NO REGIME LICITATÓRIO. É ILEGAL O*

> *ESTABELECIMENTO DE VEDAÇÃO.* ***É ILEGAL ESTABELECER VEDAÇÃO A PRODUTOS E SERVIÇOS ESTRANGEIROS EM EDITAL DE LICITAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTABELECIMENTO DE POSSIBILIDADE DE VEDAÇÃO À OFERTA DE PRODUTOS ESTRANGEIROS VIA DECRETO DO PODER EXECUTIVO.*** *É ILEGAL O ESTABELECIMENTO DE MARGEM DE PREFERÊNCIA NOS EDITAIS LICITATÓRIOS PARA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS SEM A DEVIDA REGULAMENTAÇÃO VIA DECRETO DO PODER EXECUTIVO. COMENTÁRIOS A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MARGEM DE PREFERÊNCIA, NA FORMA E NOS LIMITES ESTABELECIDOS NOS DISPOSITIVOS ACRESCIDOS PELA LEI 12.349/2010 AO ART. 3º, § 8º, DA LEI 8666/1993. DETERMINAÇÕES.*

Como se vê acima, o referido acórdão não só decidiu pela ilegalidade de restrição à participação de produtos estrangeiros em licitações, como também ofertou o parâmetro correto para aplicação da **margem de preferência** para produtos nacionais, acrescidos pela Lei nº 12.349/2010 ao § 8º do art. 3º da Lei nº 8.666/93. Essa também é uma possibilidade para a preferência de até 25% pelo produto nacional, desde que exista Decreto do Poder Executivo.

Neste ponto cabe **determinação** ao jurisdicionado para que nas próximas licitações deste tipo não faça previsão de só permitir "marca nacional" de pneu, por ser cláusula restritiva e desrespeitar o disposto no inciso I, § 1º, do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Assim, esta **Denúncia é parcialmente procedente**, eis que apesar das impropriedades apontadas acima, a empresa denunciante **Multiquality Comercial e Corretora de Seguros Ltda** acabou participando da licitação, conforme informação constante do processo de Controle Posterior **TC/7373/2020** (peça 16), havendo a possibilidade de apresentar laudo sobre a adequação de seus pneus de origem externa, nos termos do art. 2º do Anexo IX do Edital, mas não o fez.

Além disso, na prática, o pregão foi **competitivo**, com a participação de cinco empresas, e gerou **economicidade**, posto que o preço estimado de **R$ 736.832,77** caiu para **R$ 618.403,16** na fase de lances (peça 17 daquele processo), motivos pelos quais não há obstáculo para a continuidade da contratação decorrente ou necessidade de imposição de sanção.

Como não houve decretação de sigilo neste processo (peça 16), a continuidade de sua tramitação, em caso de recurso ou pedido de revisão, deve continuar sendo pública.

Outrossim, a fim de subsidiar a análise a ser feita em sede de Controle Posterior, deve ser anexada cópia da decisão desta Denúncia no **TC/7373/2020**.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, divergindo da análise da Divisão Especializada e d o parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO**:

I – Pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** desta Denúncia feita pela empresa **Multiquality Comercial e Corretora de Seguros Ltda**, CNPJ nº 27.996.015/0001-08, em face de limitação à participação de produtos estrangeiros no **Pregão Presencial nº 47/2020**, do **Município de São Gabriel do Oeste/MS**;

II – Pela **DETERMINAÇÃO** ao atual gestor para que, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, **edite norma interna** orientando os responsáveis no sentido de, nas licitações futuras deste tipo, não façam previsão de só permitir "marca nacional" de pneu, por ser cláusula restritiva e desrespeito ao disposto no inciso I, § 1º, do art. 3º da Lei nº 8.666/93; e que os laudos técnicos e decisões sobre exclusão de marcas de pneus sejam documentados com provas, com a comprovação da medida adotada, nestes autos no mesmo prazo;

III – Pela **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento aos responsáveis e demais interessados, nos termos do art. 50, I e II, da Lei Complementar nº 160/2012, devendo ser anexada cópia da decisão desta Denúncia no processo de Controle Posterior **TC/7373/2020**, a fim de subsidiar sua análise;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do relator, pela procedência parcial da denúncia com determinação ao atual gestor.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 18 de agosto de 2022.

Conselheiro **OSMAR DOMINGUES JERONYMO**

Assinado nos termos do art. 73, § 3º, II, do Regimento Interno

(Resolução TCE/MS nº 98 de 5 de dezembro de 2018)

KBV/MFG/ARP