DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 161/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/16815/2022
PROTOCOLO	: 2210759
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE ANGÉLICA
JURISDICIONADO (A)	: EDISON CASSUCI FERREIRA
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
DENUNCIANTE	: BELABRU COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. EPP
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Trata-se de denúncia, oferecida pela empresa BELABRU COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. EPP, em desfavor do Município de Angélica, tendo como objeto a existência, segundo a denunciante, de irregularidades no Pregão Presencial n. 22/2022, lançado pelo município para a "aquisição de 01 (um) veículo zero km, ambulância tipo 'A'" (peça 2, fl. 37).

Em sua petição, a denunciante requer a suspensão liminar do Pregão Presencial n. 22/2022, pois, em seu entendimento, teria havido direcionamento e restrição à competitividade do certame, em virtude da cláusula 3.1.1 do edital, transcrita a seguir (peça 1, fl. 3):

> 3. DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO
> ...
> 3.1.1. Somente será permitida nesta licitação, a participação de empresas que sejam revendedoras autorizadas (concessionárias) ou o próprio fabricante do veículo, conforme reza a Lei 6.729, de 08 de Novembro de 1979, com as alterações introduzidas pela n. 8.132 de 26 de Dezembro de 1990, de acordo com as justificativas apresentadas no Termo de Referência.

A denunciante defende que a admissão da cláusula impugnada ocasiona a criação de um mercado à margem da legislação, em que apenas fabricantes e concessionárias poderiam comercializar veículos zero quilômetro, em desacordo com os princípios do procedimento licitatório, da livre concorrência, da igualdade e da legalidade (peça 1, fl. 8). Acrescenta ainda que ela possui autorização para a comercialização do veículo que é objeto da licitação, o qual tem como origem a fábrica ou a concessionária da marca, não havendo qualquer alteração nas questões relativas a garantia e assistência técnica (peça 1, fl. 8).

Para subsidiar sua defesa, assinala que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, ao enfrentarem questão semelhante, posicionaram-se de forma contrária à inserção de cláusulas com características semelhantes à por ela impugnada (peça 1, fl. 9). Cita-se a jurisprudência trazida:

> (...)

> **2.** Determinar, cautelarmente, ao Sr. Evandro Scaini, com fundamento no art. 29 da Instrução Normativa TC nº 21/2015 c/c do art. 114-A do Regimento Interno desta Casa – Resolução nº TC-06/2001, a sustação do Pregão Presencial nº 063/2021, promovido pela Prefeitura Municipal de Balneário Arroio da Silva, com abertura prevista para o dia 04 de outubro, a partir da fase de homologação do certame, abstendo-se ainda de assinar o contrato decorrente do Pregão Presencial 63/2021 até a deliberação definitiva desta Corte, em face da seguinte irregularidade:
>
> **2.1** Exigência de apresentação da declaração emitida pelo fabricante de que a proponente é representante autorizado da marca ofertada, prevista no inciso V do item 5.1 do Edital, caracterizando cláusula restritiva à competitividade e à obtenção de proposta mais vantajosa, nos termos do art. 3º, caput e inciso I do §1º, Lei Federal nº 8.666/93 (item 2.2 do Relatório da DLC). (Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Processo nº @REP 21/00613752. Decisão Singular COE/SNI – 937/2021. Relatora: Conselheira Substituta Sabrina Nunes Iocken – grifos conforme reprodução constante na denúncia à peça 1, fl. 15)
>
> (...) tenho que a exigência, dentre as especificações do objeto, de "Primeira Nota Fiscal", da mesma forma, restringe o certame à participação exclusiva de fabricantes e concessionárias, configurando irregularidade que demanda reparo. (Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº 22373-0200/21-5. Representação. Relator: Conselheiro Cezar Miola – transcrito do voto constante na denúncia à peça 1, fl. 22)

Por fim, a denunciante alega que a Lei de Liberdade Econômica – Lei n. 13.874/2019 – rechaça todo e qualquer óbice ao desenvolvimento de qualquer atividade econômica, corroborando garantias já previstas no Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Lei Complementar n. 123/2006 (peça 1, fls. 27-28).

É o relatório.

DECISÃO

Antes de iniciar o exame do pedido de liminar da denunciante, pontuo que, para a sua concessão, é necessária a existência de *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora). A medida cautelar exige, portanto, que haja:

- uma evidente lesão ao direito – não dependendo de dilação de prova ou de debate teórico desse direito, pois, se assim o for, a lesão não é evidente;
- um fato que possa ocasionar dano irreparável se houver demora de uma providência que venha a impedi-lo.

Dito isso, vejo que, diferentemente do que vinha entendendo em votos anteriores, não assiste razão à denunciante.

Verifico, pelo termo de referência (peça 2, fl. 78), que a Administração pretende adquirir veículo novo – vale lembrar que a delimitação do objeto é ato discricionário, pois está diretamente ligada às necessidades que a Administração precisa atender, necessidades essas apuradas e formalizadas no estudo técnico preliminar.

Não é vedado que a Administração opte por licitar veículo zero quilômetro, o que permitiria a participação de empresas revendedoras no certame. Contudo, ao licitar veículo novo, apenas as fabricantes e concessionárias, por força da legislação nacional, compõem o universo possível de participantes do certame. Assim, sendo possível adquirir tanto veículo zero quilômetro quanto veículo novo, cabe ao gestor avaliar as circunstâncias do caso, as potencialidades do mercado e as implicações da aquisição para decidir qual a solução mais adequada.

A questão aqui discutida foi muito bem abordada pelo Conselheiro Osmar Domingues Jerônimo, no voto condutor do Acórdão TCE-MS nº AC00 - 1114/2022-Pleno, aprovado por unanimidade, no qual, ao relatar a matéria, trouxe acórdãos do Tribunal de Contas da União com trechos bastante elucidativos sobre o tema, que transcrevo a seguir (grifos meus):

> Destaco, ainda, o entendimento do Tribunal de Contas da União que considerou improcedente a Representação acerca da mesma irregularidade suscitada nestes autos, por meio do Acórdão 1630/2017-TCU-Plenário, nos autos do Processo TC/009.373/2017 – que diligenciou o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) com vistas ao saneamento das questões atinentes à conceituação de veículos novos e 0 (zero) Km – tendo concluído no sentido de que o primeiro emplacamento somente pode se dar quando da aquisição de veículo junto ao fabricante ou lojas de revenda, formalmente credenciadas pelos fabricantes, cujos fragmentos reproduzo a seguir:
>
> > 36. O Contran, por sua vez, em resposta à diligência solicitada (peça 34), encaminhou Ofício 2.134/2017, datado de 5/7/2017, informando:
> >
> > a) nos casos em que há aquisição de veículo “zero quilômetro” é necessário o emplacamento do veículo por parte da revenda não autorizada (em seu nome, com posterior transferência) ou o veículo terá seu primeiro registro nos órgãos de trânsito em nome da Administração Pública?
> >
> > Resposta: O veículo deverá ser registrado em nome da pessoa jurídica que consta da nota fiscal emitida pela fabricante/concessionária do veículo. Assim, esclarecemos que o veículo deverá ser emplacado e registrado pela revenda não autorizada junto ao órgão executivo de trânsito.
> >
> > b) o veículo “zero quilômetro” adquirido de revenda não autorizada poderia ser considerado como “de segundo dono”?
> >
> > Resposta: Sim.
> >
> > c) caso haja registro em nome da revenda não autorizada, o veículo deixa de ser “zero quilômetro” ou “novo”, apenas em razão do registro?
> >
> > Resposta: O simples fato de o veículo ser registrado em nome da revendedora não retira a característica de veículo “zero quilômetro”. Todavia, a partir do momento em que o veículo sai da fabricante/concessionária (ou revenda autorizada) deixa de ser um veículo novo.

> 37. Diante dos esclarecimentos encaminhados pelo Contran, e resgatando a análise efetuada na instrução anterior (peça 30), replicada nos itens 9-21 desta instrução, resta elucidada o cerne da questão, qual seja, saber se há necessidade de emplacamento por parte dos revendedores independentes. De acordo com o Contran, os veículos, objetos do certame, deverão ser emplacados e registrados pela revenda não autorizada junto ao órgão executivo de trânsito.
>
> **38. Dessa forma, os argumentos apresentados pelo Senac/SP possuem razoabilidade, no que concerne à impossibilidade de revenda não autorizada de veículos novos, pela prevalência da Lei 6.729/1979 (Lei Ferrari), posto que, segundo seus art. 1º e 2º, veículos novos somente podem ser comercializados pelo produtor (fabricante) ou por concessionário (distribuidor).**
>
> 39. Também se deve considerar consonante com a lei, pois devidamente ratificado pelo Contran, que as empresas comerciantes de veículos ficariam caracterizadas como consumidores finais, uma vez que, por não serem concessionárias autorizadas, nem fabricantes, seriam obrigadas a registrar, licenciar e emplacar os veículos obtidos de fábricas/concessionárias autorizadas.
>
> **40. Diante disso, de acordo com a Lei Ferrari, uma concessionária não autorizada, se eventualmente vencedora do certame em análise, estaria revendendo veículos seminovos, ou "de segundo dono", mesmo que "zero quilômetro" ao Senac/SP, o que, definitivamente, não é o objeto buscado pela Concorrência 11.211/2017.**
>
> (...)

Nesse mesmo sentido, destaco trecho do Acórdão 1009/2019-TCU-Plenário, no qual se encontra ratificada a possibilidade de restrição à participação no certame somente a fabricantes ou concessionárias, quando o objetivo da Administração se encontra fundamentado no conceito do CONTRAN:

> Não se identifica, no edital, de forma expressa, a restrição de que o veículo não deveria ter registro e licenciamento anterior ou qualquer menção à Deliberação 64/2008 do Conselho Nacional de Trânsito (Contran), que conceitua: "2.12. VEÍCULO NOVO - veículo de tração, de carga e transporte coletivo de passageiros, reboque e semirreboque, antes do seu registro e licenciamento" (peça 6, p. 4).
>
> Assim, não parece ter sido a intenção da Prefeitura Municipal de Souza – PB adquirir veículos antes de seu registro e licenciamento, mas adquirir veículos "zero quilômetro", ainda que, eventualmente, em alguns lugares do edital tenha se referido a veículo "novo".
>
> **De fato, se a intenção da Prefeitura tivesse sido adquirir veículo "novo" no conceito do Contran, bastaria que tivesse limitado a participação na licitação a fabricantes de automóveis ou revendas formalmente credenciadas pelos fabricantes, ou citado a deliberação do mencionado conselho, o que não ocorreu.**

Esse entendimento também pode ser encontrado em outros tribunais, como se vê no Acórdão nº 2306/2016-Tribunal Pleno do TCE/PR, no julgamento contido no Processo 1114583 do TCE/MG e na, a seguir transcrita, decisão do TJ/MG:

> APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - PREGÃO - AQUISIÇÃO DE VEÍCULO PARA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA LEI 8666/93 E ATENDIMENTO AO EDITAL - EMPRESA FABRICANTE OU CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULO AUTOMOTOR - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA

> IMPETRANTE - SEGURANÇA DENEGADA - RECURSO DESPROVIDO. De acordo com a Lei nº 8.666/93 a licitação destina-se, observado o princípio constitucional da isonomia, à seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, sendo processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. A licitação é ato estritamente vinculado aos termos da lei e às previsões editalícias, sendo as regras aplicáveis indistintamente a todos os proponentes. **A aquisição de veículos diretamente de concessionária atende ao disposto no art. 15, I, da Lei 8666/93, não possuindo a Impetrante direito líquido e certo, porquanto não se trata de empresa fabricante ou concessionária, não podendo efetuar vendas diretas de veículos a Administração, devendo ser denegada a segurança**. (TJ-MG - AC: 10518150008507001 MG, Relator: Ângela de Lourdes Rodrigues, Data de Julgamento: 01/12/2016, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/12/2016. Grifos adicionados.)

Para concluir, reforço que a legislação nacional, como se viu, não só conceitua carro novo como também regulamenta as suas condições de venda. Assim, verificando a necessidade de adquirir carro novo para atendimento de suas demandas (conforme estudo técnico preliminar), a licitação deve estar em consonância com todo o conjunto normativo pertinente, o que, à primeira vista, parece ter sido observado pela Administração.

Ante o exposto, decido:

I – pelo não provimento do pedido de suspensão liminar do Pregão Presencial n. 22/2022;

I – pela intimação, para tomarem conhecimento desta decisão, da empresa Belabru Comércio e Representações LTDA. EPP, na figura de seus sócios, senhor **Alberto Fernando Fontolan** e senhora **Luciana Vilhena Moraes Saldanha Fontolan**, sócios da empresa, bem como do senhor **Edison Cassuci Ferreira**, Prefeito Municipal de Angélica, devendo a intimação ser feita por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012;

III – pelo encaminhamento dos autos ao Ministério Público de Contas, para emissão de parecer, conforme disposto no art. 128, § 3º, do Regimento Interno.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 08 de novembro de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij