

Preferência injustificada pela aquisição de pneus de fabricação nacional viola o princípio da isonomia

Tratam os autos de denúncia, com pedido de liminar, apresentada a esta Corte pela empresa Rafael Dias da Silva-ME. em face do procedimento licitatório da Prefeitura Municipal de Goiabeira — Pregão Presencial n. 04/2010, tipo menor preço por lote, cujo objeto é “contratação de fornecimento parcelado de pneus de 1ª linha da linha de produção dos fabricantes de veículos para a manutenção e conservação da frota municipal, durante o exercício de 2010, previstos no Anexo I deste edital”.

Recebida a documentação protocolizada sob o n. 227.634-2, de 8 de fevereiro de 2010, o conselheiro presidente, conforme despacho a fls. 53, de 09/02/2010, determinou a autuação dos referidos documentos como denúncia e sua distribuição, **com urgência necessária, uma vez que o pregão seria realizado no dia 10/02/2010.**

Ato contínuo, foi procedida a distribuição dos autos ao Conselheiro Sebastião Helvecio, conforme se verifica a fls. 54.

Em despacho a fls. 55, o conselheiro relator registrou que a denúncia foi protocolizada no dia 08/02/2010, distribuída àquela relatoria no dia 09/02/2010 e somente foi recebida naquele gabinete no dia 12/02/2010 às 14h45min. Então, determinou a remessa dos autos a esta Coordenadoria para análise técnica, em caráter de urgência, tendo em vista que a sessão pública do Pregão Presencial n. 04/2010 estava marcada para o dia 10/02/2010.

Tendo recebido os presentes autos no dia 26/02/2010, em cumprimento à determinação do conselheiro relator, passa este órgão técnico à análise das alegações expostas na petição inicial.

DA ILEGALIDADE DE EXIGÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE FORNEÇAM SOMENTE PNEUS NACIONAIS.

A denunciante alega que o Edital de Pregão Presencial n. 04/2010 “é restritivo, pois veda expressamente a participação de pneus importados, dizendo que os pneus, câmaras e protetores entre outras características deverão ser de ‘Fabricação Nacional’ [...]”.

Assevera, ainda, que a “restrição contida no edital convocatório não pode prevalecer, devendo ser modificada, para melhor se adequar à legislação pátria” e, que se os pneus forem novos, estando dentro das normas técnicas da ABNT e tendo a certificação do Inmetro, não é relevante a sua nacionalidade.

Análise

O art. 3º da Norma Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93) tem como escopo garantir a observância ao princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da supremacia do interesse público, da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Insta observar que os princípios da legalidade e da isonomia, insertos no art. 37, XXI, da CR/88, e art. 3º da Lei n. 8.666/93, constituem um dos alicerces do procedimento licitatório, haja vista que este tem por escopo, não só possibilitar à Administração Pública a escolha da melhor proposta, como também resguardar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.

Implica dizer que é defeso o estabelecimento de condições não previstas em lei que resultem preferência a determinados licitantes em detrimento dos demais concorrentes.

A propósito, a mencionada Lei n. 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, é clara ao dispor acerca da proibição em questão:

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 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;

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

O Professor Marçal Justen Filho¹ aduz que:

[...] assegura-se tratamento igualitário aos interessados que apresentem condições necessárias para contratar com a Administração. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter 'competitivo' da licitação.

Continua o mestre administrativista que²

é proibida distinção fundada exclusivamente na sede, domicílio ou naturalidade dos licitantes. A vedação deriva da Constituição, não apenas por força do princípio da isonomia, mas por efeito da própria estrutura federativa do Brasil (CF, art. 19, III).

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 209, p. 80.

² *Ibidem*, p. 81.

Finalmente afirma que “não há mais fundamento constitucional para estabelecer preferência em favor de empresa brasileira. Não se admite sequer regra da preferência em função de a prestação ser produzida no Brasil [...]”³

Ainda sobre o tema, é a lição de Renato Lopes Becho⁴:

1. Dentre as doutrinas da igualdade substancial, formal e jurídica proporcional, a aplicada à licitação é a formal, que determina igual tratamento jurídico dos licitantes. O princípio será atendido se houver isonomia de oportunidade para os interessados em participar do certame.
2. A igualdade perante a lei significa, em última análise, respeito ao princípio da legalidade. A isonomia de nosso texto constitucional significa igualdade na lei. Com isso, o princípio é primeiramente direcionado para o legislador, que não pode produzir leis que tragam desarmonia à igualdade de tratamento, exceto se houver correlação lógica entre o discrimine e o motivo da discriminação.
3. O princípio da igualdade aplicado na licitação é o mesmo princípio geral de Direito. Não há um princípio de igualdade específico, diferente dos demais, só para a licitação. Sendo assim, não há separação doutrinária entre os seus elementos, naquilo que sejam incidentes ao caso concreto.

Mutatis mutandis, trazemos à baila o entendimento do Tribunal de Contas da União (Decisão n. 456/2000, relator Ministro Benjamin Zymler):

quando aplicada à licitação, a igualdade veda, de modo terminante, que o Poder Público promova discriminações entre os participantes do procedimento seletivo, mediante a inserção, no instrumento convocatório, de cláusulas que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem o julgamento.

Finalmente, tem-se o escólio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *verbis*:

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL — N. 70013023718 — COMARCA DE CRISSIUMAL — JUIZA DE DIREITO DA COM. DE CRISSIUMAL

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO — MANDADO DE SEGURANÇA — LICITAÇÃO — AQUISIÇÃO DE PNEUS — EXIGÊNCIA DO EDITAL QUE LIMITA O OBJETO DO CERTAME A PRODUTOS NACIONAIS — CLÁUSULA QUE RESTRINGE O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO E DISCRIMINA PARTICIPANTES — CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

A impetrante, na condição de participante de licitação, na modalidade Tomada de Preços, sob n. 01/2205, insurge-se contra a cláusula 1.1 do Edital, por entender que a exigência lá constante restringe o caráter do certame, que visa à aquisição de pneus para os automóveis da Administração Municipal.

Diz o referido item do Instrumento Convocatório:

‘1 — DO OBJETO:

[...]

1.1 — Os produtos deverão ser de fabricação nacional.’

Tal restrição mostra-se absolutamente ilegal, pois fere a regra do art. 3º, § 1º, I, da Lei

³ *Ibidem*, p. 82-83.

⁴ *Boletim de Licitações e Contratos*, nov. 2001, p. 671-688.

n. 8.666/93, assim como nega vigência ao princípio constitucional da isonomia, e ao princípio da igualdade entre os licitantes, constante do *caput*, do mesmo dispositivo. Diz a regra:

‘Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será 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.

§ 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 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;’

Ora, a lei é clara ao vedar restrições referentes à origem do licitante. E inexistente justificativa plausível para a imposição de tal restrição, que limita a competitividade do certame. A assertiva do Município, no sentido de que a origem estrangeira impediria ou dificultaria eventual troca não procede, vez que em se tratando de relação de consumo, o Município poderia voltar-se contra qualquer dos integrantes da cadeia comercial (produtor, importador, comerciante, etc.), inclusive contra o impetrante, portanto, forte no que dispõe os arts. 12 e 13 do CDC.

Sequer poderia se falar em preservação dos interesses das indústrias nacionais, pois essa já está garantida em nosso ordenamento, para o caso de desempate de propostas iguais, caso em que incide a regra do art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.666/93:

‘Art. 3º [...]

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I — produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II — produzidos no País;

III — produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

[...].’

Vale registrar a lição de Marçal Justen Filho, no comentário ao art. 3º da Lei n. 8.666/93, constante de sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9. ed. São Paulo: Dialética, p. 81:

‘Não se afigura como constitucional e é a mera invocação do interesse nacional como fundamento para produzir contratações desastrosas para os cofres públicos. Uma é situação em que a Administração privilegia fornecedores estabelecidos no Brasil como instrumento da obtenção de benefícios para o Brasil. Outra é a situação em que a Administração simplesmente desembolsa valores superiores aos que seriam necessários para obter bens e serviços cujo fornecimento não se traduz em benefício para a Nação, mas apenas para algum sujeito específico.

Ou seja, não se vislumbra como cabível produzir discriminação entre brasileiros e estrangeiros, pura e simplesmente. A diferenciação de tratamento apenas pode justificar-se como forma de realização do bem comum.

Portanto, não se pode aceder com a ideia de que os cofres públicos arquem com pagamentos mais elevados do que os necessários apenas porque o beneficiário do pagamento seria uma empresa estabelecida no Brasil. Deve existir uma relação entre a contratação e a obtenção do bem comum, a ampliação do emprego, o enriquecimento da Nação brasileira.’

E no que respeita à alegada qualidade inferior dos produtos importados, não há qualquer elemento de prova que ampare tal fundamentação.

Sendo assim, evidenciado o desrespeito aos princípios norteadores do procedimento licitatório, era mesmo ser concedida a segurança pleiteada, para reconhecer a nulidade da cláusula n. 1.1 do Edital n. 01/2005. (grifo nosso)

Nesta perspectiva, consta expressamente no Edital n. 04/2010 a prevalência da contratação de bens (pneus) nacionais, sem nenhuma justificativa aparente que possa legitimar tal restrição aos produtos estrangeiros.

Conforme dito alhures, não é possível haver discriminação entre empresas estrangeiras e nacionais notadamente quanto à naturalidade geográfica da fabricação dos produtos.

De acordo com as lições transcritas, conclui-se que todo procedimento de licitação deve conceder tratamento igualitário, isonômico e justo a todos os possíveis interessados, observando-se, porém, e na mesma medida, as diferenciações e distinções naturalmente existentes entre possíveis licitantes.

O que não se admite, porém, e conforme se extrai da doutrina transcrita, é que possíveis interessados sejam alijados, de forma propositada, arbitrária, infundada e intencional, de participar de licitação.

CONCLUSÃO

Isto posto, entende este órgão técnico que a exigência de que os pneus sejam de fabricação nacional fere o princípio da ampla competitividade.

Entende-se ainda, s.m.j., que o Sr. Hélcio Nogueira, Prefeito Municipal de Goiabeira e subscritor do edital, bem como o pregoeiro responsável pelo certame em estudo podem ser intimados para se absterem de formalizar a contratação, caso esta ainda não tenha sido efetivada, e para apresentarem toda a documentação relativa ao procedimento questionado, inclusive as fases interna e externa, indicando o responsável pela descrição do objeto licitado, bem como para apresentarem as alegações que entenderem pertinentes, relacionadas aos pontos questionados na denúncia.

À consideração superior,

Cael/Daeep, 2 de março de 2010.

Francisco Vicente de Souza Lima

Técnico do Tribunal de Contas

TC 1785-7