



Decisão 00680/2020-1 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 02169/2020-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMES - Polícia Militar do Espírito Santo

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Representante: TAURUS ARMAS S.A.

Responsável: BRUNO CARDOSO PORTELA

Procuradores: GABRIEL CARDOSO RHEE (OAB: 53340-SC, OAB: 435138-SP), ALANA STEPHANIE SILVA AMORIM (OAB: 427381-SP), MARINA CIERI PINHO (OAB: 410369-SP), MARINA YOSHIMI TAKITANI (OAB: 414217-SP), CAMILA RAMOS MONTAGNA (OAB: 182754-SP), CAMILA SERAFIN MAKARAUSKY (OAB: 346263-SP, OAB: 85339-PR), MARIA ISABEL LEITE SILVA DE LIMA (OAB: 325098-SP), NATHALIE SUEMI TIBA SATO (OAB: 332812-SP), FERNANDO STEFANELLI GALUCCI (OAB: 299880-SP), ANDRE MARTIN (OAB: 234170-SP), TICIANA LIARTE DE MEO (OAB: 257539-SP), ANDERSON STEFANI (OAB: 229381-SP), SERGIO ZAHR FILHO (OAB: 154688-SP, OAB: 201929-RJ), RABIH NASSER (OAB: 148957-SP)

FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – EDITAL Nº 05/2020 – PREGÃO ELETRÔNICO INTERNACIONAL – SUPOSTAS IRREGULARIDADES – NOTIFICAÇÃO PREGOEIRO – CONHECER - INDEFERIR CAUTELAR – DESENTRANHAR DOCUMENTOS DUPLICADOS - RITO ORDINÁRIO – OITIVA DA PARTE.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR RODRIGO COELHO DO CARMO:

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Representação, ajuizada nesta Corte de Contas pela sociedade empresária Taurus Armas, em face da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo - PMES, suscitando supostas irregularidades referentes ao edital nº 05/2020 – Pregão Eletrônico Internacional do tipo menor preço utilitário por lote, promovido pela Comissão de Licitações da PMES para registro de preços, visando a aquisição de até 1.500 pistolas calibre 9 mm para o serviço reservado/policiamento velado, cuja abertura da sessão pública ocorreu às 10:00 horas do dia 24.03.2020.

A empresa representante, em síntese, arguiu infringência aos princípios constitucionais abarcados no art. 3º da Lei nº 8.666/93, alegando possível direcionamento do objeto licitatório e comprometimento à competitividade do certame, que teve como única participante e, conseqüentemente, vencedora da fase de lances, a empresa estrangeira Glock America S.A.

Diante disso, requer medida cautelar a fim de suspender o procedimento licitatório até decisão final desta Corte de Contas, sob a alegação de que o correspondente edital padece de ilegalidades consubstanciadas nas seguintes questões: i) deliberação de intempestividade da impugnação ao edital apresentada na data de 20.03.2020, em infringência à previsão editalícia (item 14.1 do edital); ii) previsão da licitação ocorrer em dólar (itens 16.1.1, 16.1.2 e 21.1 do edital); iii) especificações técnicas do objeto, sem motivação (item 21 do edital - atestado de maturidade técnica do produto - e Anexo I-B do edital - dimensões da pistola e retém do ferrolho), iv) irregularidades no credenciamento da empresa vencedora da fase de lances.

Considerando imperativa a necessidade do fornecimento de esclarecimentos preliminares por parte dos representados, que possam subsidiar a formação do juízo cognitivo sumário acerca das questões impugnadas, determinei a notificação do Sr. Bruno Cardoso Portela - Pregoeiro Oficial da PMES, para que se manifestasse quanto a Representação interposta.

Após a notificação do responsável, foi solicitada a dilação de prazo, sendo concedido por meio da Decisão Monocrática 381/2020.

Posteriormente, o responsável acostou aos autos suas justificativas, bem como documentos que embasam sua tese, conforme evento 34-Defesa/justificativa 397/2020.

Na sequência, os autos foram encaminhados à área técnica para apreciação dos fundamentos e pressupostos da cautelar.

A área técnica por meio da Manifestação Técnica de Cautelar 00031/2020-1, apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

“Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1 – Seja feito o juízo de admissibilidade pelo Exmo. Relator, nos termos do art. 177, § 2.º, do RITCEES;

a) quanto ao juízo de admissibilidade, sugerimos o **conhecimento da representação**;

4.2 – Sugere-se o desentranhamento dos eventos eletrônicos 47 a 82, tendo em vista que são meras repetições da defesa acostada pela parte representada nos eventos eletrônicos 34 a 46.

4.3 – Nos termos do art. 307, § 3º do RITCEES, seja **indeferida a medida cautelar pleiteada**, conforme fundamentação exposta no item 3.2 desta Manifestação Técnica de Cautelar;

4.4 – Determinar que os presentes autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES;

4.5 – Sugere-se, ainda, o afastamento da irregularidade presente no item 3.1.1, nos termos da fundamentação.

Sugere-se ainda que se dê **CIÊNCIA** ao representante do teor da decisão a ser proferida.”

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1- ADMISSIBILIDADE

O artigo 93 da LC 261/2012, confere legitimidade a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato poderá denunciar **qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos** sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas.

O Artigo 94 e incisos do mesmo diploma legal c/c o art. 177 do RITCEES estabelecem os requisitos de admissibilidade para o recebimento da denúncia e representação:

I - Ser redigida com clareza;

II - Conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

IV- se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

V- se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

Nesse caminhar, **recebo a presente Representação**, por atender aos requisitos de admissibilidade, nos termos do art. 177, §2º do RITCEES¹ c/c o art. 186 do RITCEES².

II.2 MÉRITO:

A análise realizada em sede da Manifestação Técnica de Cautelar nº 00031/2020, pugnou pelo indeferimento da medida cautelar vindicada por não ter verificado o requisito temporal consubstanciado no *periculum in mora*, apesar de considerar a presença de fundado receio de grave lesão ao erário ou direito alheio – *fumus boni iuris*.

Em análise preliminar, o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações verificou a presença do pressuposto de concessão da medida cautelar contido no inciso I do art. 376 do RITCEES³ - ***fumus boni iuris*** -, no que tange as supostas irregularidades aventadas pelo recorrente:

¹ Art. 177. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

§ 2º Caberá ao Relator o juízo de admissibilidade da denúncia.

² Art. 186. Aplicam-se às representações previstas nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

³ Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

“2. Previsão da licitação ocorrer em dólar;

3. Especificações técnicas do objeto, sem motivação;

4. Irregularidades no credenciamento da empresa vencedora da fase de lances.”

No que se refere ao item 3.1.1 da Manifestação Técnica de Cautelar 00031/2020-1 relacionado à alegação *de deliberação de intempestividade da impugnação ao edital*, a equipe técnica entendeu que a matéria não está abarcada dentre as competências da Casa, sugerindo o seu afastamento, por tratar-se de interesse subjetivo e particular da licitante, sindicável perante o órgão judiciário competente.

Neste ponto, permito-me tecer algumas considerações sobre as competências desta Corte de Contas, destacando, *ab initio*, que há uma linha tênue entre a interpretação que se faz no que tange aos direitos que tutelam o interesse público e aos direitos subjetivos, que abarcam os interesses particulares.

Diante disso, não é incomum observar divergências sobre a compreensão do tema, o que pode levar a um raciocínio que induz a uma redução do *múnus* do Tribunal de Contas, que pode trazer um grande prejuízo à sociedade.

O renomado administrativista Ronny Charles, Advogado da União e Professor, em sua obra ‘Leis de Licitações Públicas comentadas’⁴ explana com precisão a respeito da competência das Cortes de Contas, *in verbis*:

“O controle exercido pelo Tribunal de Contas deve ser o mais amplo possível, extrapolando a análise meramente burocrática de documentos, que se atém apenas aos aspectos formais do procedimento. O Tribunal deve indagar os pressupostos e circunstâncias fáticas e jurídicas que levaram o administrador não apenas a selecionar a proposta, mas a originar a pretensão contratual. Tal investigação incluirá determinadas verificações como economicidade, necessidade, eficiência e razoabilidade da contratação, visto que estas sempre devem visar atender ao interesse público (negritou-se).”

In casu, alega o representante que apresentou impugnação no dia 20.03.2020 (sexta-feira) e fora considerada intempestiva, apesar de o edital estabelecer no item 14.1

I - fundado receio de grave ofensa ao interesse público;

⁴ Lei de Licitações Públicas comentadas – 9ª edição – revista, ampliada e atualizada – Editora JusPodivm.

que a impugnação poderia ser realizada **até dois dias úteis antes da data de sua abertura**, agendada para o dia 24.03.2020 (terça-feira).

Neste contexto, apreende a área técnica que a situação fática apresentada afronta direito subjetivo do representante, que deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme determinação constitucional descrita no artigo 5º, inciso XXXV⁵.

Com a devida vênia ao entendimento técnico apresentado em análise preliminar, avalio que a irregularidade aventada pelo representante sugere afronta ao procedimento licitatório em questão e à Lei 8.666/1993, notadamente ao §2º do art. 41 c/c o art. 110:

(...) § 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

Neste prisma, vindica o representante que o Tribunal de Contas apure as exigências excessivas do edital, que frustraram a competitividade do certame, notificando a Comissão de Licitação da PMES para que preste esclarecimentos e que adote as providências para suprir as irregularidades apontadas, em especial a tempestividade da impugnação e as demais inconsistências tratadas na Manifestação Técnica citada. Diferentemente do que afirmado, o representante não requer que seja reconhecida a tempestividade da impugnação apresentada, e sim que seja apurada a decisão da Comissão de Licitação em considerar sua impugnação intempestiva.

⁵ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Ainda que se constate que o mérito da impugnação fora analisado, apesar de ter considerado a impugnação intempestiva, conforme se denota da Peça Complementar 09664/2020-9, evento 11 dos autos, a matéria não deve ser afastada do rol de competências desta Corte de Contas.

Ademais, nota-se que o Tribunal de Contas da União nos autos do Processo 019.797/2011-7 enfrentou matéria semelhante, conforme se extrai do excerto do Acórdão 2167/2011 – Plenário:

(...) 8. Ressalto, quanto à contagem de prazo para impugnações, que, (...), deve-se excluir, e não incluir, o dia marcado para o recebimento das propostas (23/03/2006). Esse ponto, entretanto, não altera o mérito da análise, uma vez que o prazo para apresentação das impugnações era o dia 21/03/2006 (dois dias antes da data fixada para o recebimento das propostas), de acordo com o subitem 11.2 do ato convocatório (fl. 47), sendo a impugnação tempestiva. (...) (grifos não são do original)

3.10 Nessa linha de raciocínio, considerando que a licitação ocorreria no dia 18/7/2011 (segunda-feira), o primeiro dia útil anterior à licitação seria o dia 15/7/2011 (sexta-feira), e o segundo seria o dia 14/7/2011 (quinta-feira), no decorrer do qual ainda poderiam ser recebidas impugnações ao edital.

3.11 Pelo exposto, verifica-se que a impugnação apresentada no dia 14/7/2011 ainda se encontrava dentro do prazo, motivo pelo qual se entende que a CPRM deveria tê-la conhecido, assim como apresentado resposta no prazo de vinte e quatro horas do recebimento, nos termos no §1º do artigo 18 do Decreto 5.450/2005.

Pelo exposto, **divirjo do entendimento técnico**, considerando que a suposta irregularidade deve ser apurada por esta Corte de Contas, a fim de que haja manifestação instrutória em relação ao suposto descumprimento delineado nas disposições normativas da Lei 8666/93.

2 - Previsão da licitação ocorrer em dólar (itens 16.1.1, 16.1.2 e 21.1 do edital e 3.1.2 da MTC 00031/2020-1):

O representante aduz que de acordo com o edital o julgamento das propostas ocorreria somente em dólar, além do preço de referência do objeto licitatório - pistola

calibre 9mm - também estar cotado em dólar, sendo o preço máximo admitido de US\$ 551 (quinhentos e cinquenta e um dólares americanos).

De acordo com o art. 42, §1º da Lei 8.666/33, caso o licitante de origem estrangeira cote o preço em moeda estrangeira, o licitante nacional também poderá fazê-lo, ou seja, o licitante brasileiro terá um tratamento idêntico ao dado ao licitante estrangeiro.

O item 16 do edital apresenta-se nos seguintes termos (evento 07 dos autos):

16 - DO JULGAMENTO E CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS

16.1 - Esta licitação será julgada sob o critério de menor preço por lote.

16.1.1 - A disputa ocorrerá em moeda DÓLAR NORTE AMERICANO (US\$).

16.1.2 - No sistema SIGA, não há opção do cifrão em Dólar, por isso os valores propostos aparecerão com cifrão em Real. Essa situação não traz prejuízo ao licitante, pois o Pregoeiro entenderá o valor como em Dólar.

16.1.3 - A empresa estrangeira deverá apresentar cotação para o objeto desta licitação na condição Incoterms DDP (Delivered Duty Paid). (...)

21 - DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

21.1 - O preço máximo admitido para o presente processo licitatório é de:

LOTE 01 – US\$ 551,00 (Quinhentos e cinquenta e um dólares americanos).

Obs.: No sistema SIGA, não há opção do cifrão em Dólar, por isso os valores propostos apareceram com cifrão em Real. Essa situação não traz prejuízo ao licitante, pois o Pregoeiro entenderá o valor como em Dólar.”

Por meio do Parecer PGE/PCA nº 1669/2019, a Procuradoria Geral do Estado se manifestou acerca do assunto, recomendando que fosse acatada a sugestão de que as empresas estrangeiras também teriam a faculdade de oferecimento das propostas em REAL, o que fora aceito pela representada, sendo corrigido o edital em seu item 15.7.7 (evento 36, fl. 115).

Todavia, apesar da correção realizada, conforme muito bem assentado pela área técnica, a cláusula 16.1.1 dispõe que o julgamento da proposta será realizado apenas em Dólar Americano, contradizendo a faculdade apresentada no item 15.7.7 do edital. **Diante da antinomia encontrada, corroboro com área técnica**, verificando que em juízo preliminar, próprio da análise cautelar, há indícios da existência de irregularidade – *fumus boni iuris*.

3 - Especificações técnicas do objeto, sem motivação (item 21 do edital - atestado de maturidade técnica do produto - e Anexo I-B do edital - dimensões da pistola e retém do ferrolho e item 3.1.3 da MTC 00031/2020-1);

Em análise preliminar, destaca a área técnica, que as especificações referentes ao edital em comento possuem indícios concretos de comprometimento à competitividade do procedimento licitatório, conforme se denota das anotações feitas:

“O primeiro fato a ser destacado consiste na orçamentação promovida pela Comissão de Licitação, presente no evento eletrônico 35, fls. 35/60. Como pode ser visto, foram enviados e-mails a diversas possíveis interessadas, sendo que apenas a empresa Glock América S.A, vencedora do certame, e a empresa Forjas Taurus S.A apresentaram cotação.

Cabe ressaltar que a empresa Forjas Taurus S.A, apesar de demonstrar interesse em participar do certame e ter apresentado cotação de preço, não possuía em seu portfólio o produto requerido no objeto da licitação, o que pode comprometer a sua cotação.

Mesmo após repetir o procedimento de orçamentação, por recomendação da Secont, Manifestação CCON nº 106/2019 (evento eletrônico 36, fls. 3/8), o resultado foi o mesmo, conforme Mapa Comparativo de Preços constante no evento eletrônico 36, fl. 14/15.

*Outro fato que merece ser destacado diz respeito a fase de julgamento do certame. Consoante o documento intitulado Relação das Empresas que Retiraram o Edital (evento eletrônico 37, fls. 106/110) **houve um total de 37 downloads do edital no Sistema Integrado de Gestão Administrativa – SIGA, em que***

pode ser visto diversas empresas do ramo de atividades bélicas.

No entanto, na data do julgamento, efetivamente só compareceu uma licitante, a empresa Glock América S.A, a qual ofertou como primeiro lance o valor apresentado na orçamentação de US\$ 551,00, ao passo que ao diminuir o valor para US\$ 495,00, sagrou-se vencedora.

Observa-se, daí, que apesar de haver no mercado de material bélico uma gama de empresas, de reconhecimento nacional e internacional, apenas uma empresa apresentou preço compatível com o produto requerido e apenas essa mesma empresa participou da licitação em sua fase externa.”

Em justificativas, a PMES aduz que a escolha da licitação internacional era aumentar a concorrência na busca de um produto de melhor qualidade e com preço mais vantajoso para a Administração Pública.

Como bem ponderado por Ronny Charles Torres de Lopes é importante lembrar que a realização de uma licitação internacional exige especial planejamento, para que possa cumprir o objetivo de alcançar a melhor proposta⁶.

Neste sentido, os fatos analisados demonstram que o objetivo da licitação pode não ter sido alcançado, e por verificar a presença de elementos indiciários de possível irregularidade – *fumus boni iuris*, **corroboramos com a equipe técnica de que as especificações do objeto referentes ao edital nº 05/2020 pode ter comprometido a lisura do certame.**

4 - Irregularidades no credenciamento da empresa vencedora da fase de lances (item 3.1.4 da MTC 00031/2020-1):

Alega a representante que a empresa vencedora Glock América S.A. não teria autorização legal para a comercialização de armas de fogo e nem autorização formal para participar de licitações.

Entendeu a equipe técnica que as imputações feitas pela representante carecem de maior análise, já que inclui suposta tipificação penal.

⁶ Lei de Licitações Públicas comentadas – 9ª edição – revista, ampliada e atualizada – Editora JusPodivm (fls. 571).

Apesar disso, verificou-se que a documentação apresentada pela licitante, Glock America está de acordo com as exigências editalícias (evento 38 e 39 dos autos).

Diante disso, entendeu a equipe técnica que neste ponto não restou demonstrado o requisito intitulado “fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio – *fumus boni iuris*”. Assim, **acompanhando a área técnica**, apreendo que a suposta irregularidade deve ser avaliada em sede meritória já que demanda perscrutada análise.

Pois bem, conforme se denota as supostas irregularidades mencionadas acima são passíveis de impugnação e de análise mais aprofundada durante a regular instrução processual a ser instaurada nos autos.

Quanto ao segundo requisito, qual seja a configuração do perigo da demora - *periculum in mora* – entendo não estar presente, pois o seguimento do certame não trará nenhum resultado negativo imediato em razão da não concessão da cautelar, pois a aquisição do objeto se dará no sistema de Registro de Preços, o que significa que será utilizado em eventuais e futuras contratações.

Deixo, portanto, de conceder a medida cautelar guerreada, considerando ausente requisito essencial para a sua concessão – *periculum in mora*, ressalvando, que tal juízo se faz em sede de cognição sumária, próprio dos contornos do mérito cautelar, podendo o exaurimento da instrução probatória possibilitar juízo definitivo de mérito diverso.

Assim, **divergindo parcialmente da equipe técnica desta Casa**, VOTO no sentido de que o Plenário aprove a seguinte minuta de DECISÃO que submeto à sua consideração.

RODRIGO COELHO DO CARMO

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-0680/2020:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. CONHECER da presente Representação, nos termos do art. 177, §2º do RITCEES;

1.2. INDEFERIR o pedido de concessão da medida cautelar, nos termos do §3º do art. 307 do RITCEES, determinando a oitiva da parte para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias;

1.3. REMETER os autos à unidade técnica para instrução do feito, submetendo-os a sua tramitação pelo rito ordinário, nos termos do art. 295 do RITCEES;

1.4. DESENTRANHAR os eventos eletrônicos 47 a 82 dos autos, tendo em vista se tratar de meras repetições da defesa acostada pela parte representada nos eventos eletrônicos 34 a 46;

1.5. DAR Ciência ao Representante e ao Representado do teor da decisão tomada por este Tribunal de Contas, nos termos do art. 307, § 7º⁷ do RITCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 02/07/2020 - 10ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sergio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

⁷ Art. 307. Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

§ 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.