



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 10690/2015

Secretaria da Infraestrutura do Município de João Pessoa. Concorrência nº 7002/2015. Irregularidade. Aplicação de multa. Recomendação.

ACÓRDÃO AC1 – TC -01367/22

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos da análise da **Concorrência nº 7002/2015**, realizada pela **Secretaria da Infraestrutura do Município de João Pessoa**, tendo por objeto a **seleção de empresas** para a **instalação de subestações aéreas de 112,5 kVA** no valor de **R\$ 782.486,11**.

A **Auditoria do TCE/PB**, em seu **relatório inicial** (fls. 657/662), constatou a presença de **irregularidades**, quais sejam, cláusulas no edital que comprometem e frustram o caráter competitivo do procedimento licitatório. Vejamos como o **Órgão Técnico** se manifestou:

A pecha se refere aos itens 6.2 e 6.3, os quais vedam, respectivamente, a participação de firmas não estabelecidas no país e de empresas em consórcio. Para fins de clareza, a Auditoria apresenta o texto literal do edital de licitação:

6. CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO

6.1. É vedada a participação da empresa sob quaisquer das seguintes condições:

6.1.1. Declarada inidônea por Órgão ou Entidade da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal;

6.1.2. Declarada suspensa temporariamente de licitar com a SEINFRA/PMJP e em processo de falência; Que esteja cumprindo as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93.

6.2. Somente poderão participar desta Licitação as Firmas regularmente estabelecidas no País.

6.3. Na presente licitação é vedada a participação de empresa em consórcio.

Fonte: fl.160.

No que diz respeito ao **item 6.2**, a Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, § 2º, ao admitir, como critério de desempate, preferência aos bens e serviços produzidos no país e produzidos ou prestados por empresas brasileiras, logicamente também admite a participação de empresas estrangeiras em procedimentos licitatórios realizados no Brasil.

Ademais, a referida lei estabelece que:

Art. 3º, § 1º É vedado aos agentes públicos:

II - **estabelecer tratamento diferenciado** de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, **entre empresas brasileiras e estrangeiras**, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Assim, com base no princípio da legalidade, não cabe à Administração ir além do silêncio eloquente do legislador, motivo pelo qual este Corpo Técnico entende que a cláusula editalícia **6.2** é nula de pleno direito.

Quanto à exigência do item **6.3** do edital, a Auditoria colaciona as seguintes jurisprudências do **TCU**:

A vedação da participação em licitações de empresas em consórcio **deve ser justificada, sob pena de restrição à competitividade**. Acórdão 11196/2011- Segunda Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN

A Administração pode optar por permitir ou não a participação de consórcios em licitações públicas, **devendo a decisão ser motivada, o que é especialmente importante se a opção for vedar a participação**, que, em regra, **restringe a competitividade do certame**. Acórdão 2447/2014-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ

A decisão da Administração de permitir a participação de empresas sob a forma de consórcio nas licitações **deve ser devidamente motivada** e não deve implicar a proibição da participação de empresas que, individualmente, possam cumprir o objeto a ser contratado, **sob pena de restrição à competitividade**. Acórdão 1711/2017- Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO

Não foi encontrada motivação ou justificativa (técnica ou jurídica) para a exigência feita na cláusula editalícia 6.3, motivo pelo qual este Corpo Técnico entende que esta, assim como a cláusula 6.2, também é irregular, por restringir a competitividade do certame.

Devidamente **citado**, o gestor **deixou escoar o prazo sem apresentar defesa** (fl. 668).

O **Ministério Público junto ao TCE/PB**, por sua vez, através de **parecer** da lavra do Procurador LUCIANO ANDRADE FARIAS (fls. 677/684), pontuou que, a partir do **item 6.2**, não se pode concluir definitivamente que o licitante estrangeiro não tenha tido a oportunidade de participar do certame.

O **Parquet** explicou que o **Código Civil**, em seus **artigos 1.134 e seguintes**, trata da operacionalização de empresas estrangeiras no País:

Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.
(...)

Art. 1.136. A sociedade autorizada não pode iniciar sua atividade antes de inscrita no registro próprio do lugar em que se deva estabelecer.
(...)

§ 2º Arquivados esses documentos, a inscrição será feita por termo em livro especial para as sociedades estrangeiras, com número de ordem contínuo para todas as sociedades inscritas; no termo constarão:
(...)

II - lugar da sucursal, filial ou agência, no País;
(...)

Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil.

Parágrafo único. A sociedade estrangeira funcionará no território nacional com o nome que tiver em seu país de origem, podendo acrescentar as palavras "do Brasil" ou "para o Brasil".

Dessa forma, ao afirmar que somente poderão participar da licitação as empresas regularmente estabelecidas no País, significa que tais empresas devem ter passado por todo o trâmite de autorização, registro e estabelecimento com endereço da sucursal no País.

Nesse sentido, o **Órgão Ministerial** entendeu que **não houve vedação explícita e indiscutível à participação de tais empresas.**

No que se refere ao item **6.3**, qual seja, "na presente licitação é vedada a participação de empresas em consórcio", o membro do **MPJTCE** juntou precedente do **TCU** reconhecendo a **legalidade de tal vedação.** Observemos:

(...) a jurisprudência do TCU traz o entendimento que a formação de **consórcio tanto pode fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), como cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si)** (Acórdão TCU 2.813/2004 – 1.^a Câmara, Relatório do Ministro-Relator). Ou seja, a **vedação ou a admissão de consórcio em licitação deve ter em vista possibilitar maior concorrência**, que conforme o caso concreto pode ocorrer em uma ou outra situação. Considerando o número restrito de duas empresas competidoras para a execução dos objetos licitados, de acordo com a ata à fl. 750 di [sic] volume 3, conluo que a vedação da participação de consórcios pode ter contribuído para restringir o caráter competitivo do certame, limitando a possibilidade de a Administração obter melhores preços para suas contratações. Acórdão 1.782/2009, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro

Frisou o **Parquet** que eventual vedação de participação de consórcio deve vir acompanhada da respectiva fundamentação, sob pena de se reconhecer a ilegalidade da licitação.

No caso, **não houve a referida motivação prévia**, e o Parecer de fls. 463/467 não apresentou ponto específico tratando da conformidade ou não do item que se analisa à Lei de Licitações. Assim, o membro do **Órgão Ministerial** concluiu que há uma relevante **irregularidade** verificada.

O Procurador destacou, ainda, que a ata de fls. 468/470 informa que **oito empresas adquiriram o edital, mas apenas a vencedora demonstrou interesse em participar**, o que pode ter acontecido por causa de um **eventual cerceamento de concorrência**.

Ademais, a **rescisão contratual** ocorreu **em 14/12/2016**. No entanto, **não consta** dos autos **a sua motivação**, mas se depreende que a reduzida participação na disputa pode ter contribuído para o prejuízo de uma rescisão no curso do contrato, sem a conclusão do objeto.

Nesse sentido, ponderando a relevância das constatações da **Auditoria**, o **Ministério Público de Contas concluiu** que a **primeira irregularidade** apontada **pode ser mitigada**, já que não se extrai claramente da cláusula contestada a vedação à participação de empresas estrangeiras, além de que o potencial prejuízo à competitividade, ainda que a vedação houvesse, seria reduzido.

Por outro lado, a **vedação desmotivada da participação de consórcios** parece ter tido um **maior potencial de ocasionar prejuízos à disputa**.

Assim, o **Órgão Ministerial** opinou pela:

1. IRREGULARIDADE da **Concorrência nº 7002/2015 e do respectivo contrato**, realizado pela **Secretaria da Infraestrutura do Município de João Pessoa**, no valor de R\$ 782.486,11;

2. APLICAÇÃO DE MULTA ao ex-gestor – Sr. Cássio Augusto Cananéa Andrade, com fulcro no art. 56, II, da Lei Orgânica deste TCE/PB; e,

3. RECOMENDAÇÃO à atual gestão da Secretaria em questão, para que as falhas não sejam repetidas em certames futuros.

VOTO DO RELATOR

Considerando o entendimento da **Auditoria**, acolho o **posicionamento ministerial**, no sentido de que a **primeira irregularidade** – **“6.2. Somente poderão participar desta Licitação as Firms regularmente estabelecidas no País”** – **seja mitigada**, haja vista não ter havido uma vedação explícita e indiscutível às empresas estrangeiras.

No tocante à **segunda eiva** – “**6.3. Na presente licitação é vedada a participação de empresa em consórcio**” – observa-se que houve uma **vedação desmotivada da participação no certame de consórcios**, o que indica a ocorrência de **cerceamento de concorrência** e, conseqüentemente, de **prejuízos à disputa**.

Assim, **voto** pela:

1. IRREGULARIDADE da **Concorrência nº 7002/2015** e do **respectivo contrato**, realizado pela **Secretaria da Infraestrutura do Município de João Pessoa**, no valor de R\$ 782.486,11;

2. APLICAÇÃO DE MULTA ao ex-gestor – Sr. Cássio Augusto Cananéa Andrade, no valor de **R\$ 2.000,00** (dois mil reais), consoante previsto no art. 56, II, da LOTCE; e,

3. RECOMENDAÇÃO à atual gestão da Secretaria em questão, para que as falhas não sejam repetidas em certames futuros.

DECISÃO DA 1ª CÂMARA

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC 10690/2015, ACORDAM os MEMBROS DA 1ª CÂMARA do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA (TCE-PB), à unanimidade, na sessão realizada nesta data, em acompanhar integralmente o voto do Conselheiro Relator, para:

1. JULGAR IRREGULAR a **Concorrência nº 7002/2015** e o **respectivo contrato**, realizado pela **Secretaria da Infraestrutura do Município de João Pessoa**, no valor de R\$ 782.486,11;

2. COMINAR MULTA PESSOAL ao ex-gestor – Sr. Cássio Augusto Cananéa Andrade, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), consoante previsto no art. 56, II, da LOTCE; e,

3. RECOMENDAR à atual gestão da Secretaria em questão, para que as falhas não sejam repetidas em certames futuros.

Publique-se, intime-se, registre-se e cumpra-se.

Sala das Sessões da 1ª Câmara do TCE/PB.

João Pessoa/PB, 07 de julho de 2022.

Assinado 12 de Julho de 2022 às 09:43



Cons. Antônio Nominando Diniz Filho
PRESIDENTE E RELATOR

Assinado 12 de Julho de 2022 às 15:02



Luciano Andrade Farias
MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO