

COMPRASNET

Pregão Eletrônico



Impugnação 18/12/2020 09:40:11

Pedido de impugnação enviado pela empresa POTTENCIAL: I - Objeto da impugnação. A presente impugnação tem como objeto os dispositivos dos itens 1.2.1 e 1.2.2 do termo de referência - processo de contratação documento constante do Pregão 85/2020. Assim dispõem as regras editalícias impugnadas: "1.2.1. A exigência do primeiro registro (constante nas especificações técnicas dos objetos); A Lei nº 6729/79, também conhecida como Lei Ferrari, disciplina a relação comercial de concessão entre fabricantes e distribuidores de veículos automotores de via terrestre e por suas disposições, é possível verificar que veículo zero km (novo) somente pode ser comercializado por concessionário (ou distribuidor), conforme terminologia legal (art. 1º e 2º). Mais adiante, em seu art. 12º, verifica-se que a supracitada Lei impõe ao concessionário a obrigatoriedade de vender o veículo apenas ao consumidor final, vedando a comercialização de veículos novos para fins de revenda. Fora dessas situações, o emplacamento já não será de um veículo novo, mas seminovo. Assim, como a venda do veículo novo somente pode ser efetuada por concessionário ou fabricante ao consumidor final, e este, nos termos do art. 120 do CTB; 1.2.2. Outro ponto a ser observado é a emissão de nota fiscal em nome da Controladoria-Geral da União para emissão do Certificado de Registro de Veículo prevista no inciso II do art. 122 do CTB que apenas os fabricantes/montadora e as concessionárias podem emitir diretamente para a Administração Pública, que por sua vez, realizará o primeiro emplacamento do veículo diretamente para o seu nome; II - Fundamentos Jurídicos da Impugnação A limitação de participação somente a Concessionárias autorizadas e fabricantes de veículos, fere o caráter competitivo da licitação, configura infração à ordem econômica de livre concorrência e não se conforma com o disposto na regra constitucional do artigo 170, sendo as normas da Lei Federal 6.729/1979, inconstitucionais nesse ponto. As regras dos itens 1.2.1 e 1.2.2 do termo de referência - processo de contratação, pois, não podem prosperar, devendo suprimidas do texto do edital. Vale observar que O Tribunal de Contas da União julgando situações equivalentes determinou aos órgãos a ele jurisdicionados que se absteressem de fixar exigência de condicionar habilitação a certame condição de habilitação ou de classificação, por falta de amparo legal e por constituir restrição ao caráter competitivo de licitação (Acórdãos - TCU n. 2.375/2006 - 2ª Câmara, e ns. 423/2007, 539/2007, 1729/2008, 1731/2008 e 1979/2009, do Plenário). Ao fazer tal exigência esse nobre órgão licitador se encontra restringindo a participação de empresas que são revendas multimarcas de veículos novos, ou seja, que vendem veículos novos (zero km), mas que não são fabricantes ou concessionárias (ou distribuidores ou revendedores autorizados do fabricante). A exigência ora impugnada fere os princípios da competitividade e da livre iniciativa, haja vista que essa Administração está restringindo a participação de empresas como esta Impugnante, que são revendas multimarcas, ou seja, que vendem veículos novos (zero quilômetro), mas que não são fabricantes ou concessionárias, posto que somente estão autorizadas a vender veículos sem emplacamento, única situação que permitiria, também, que o primeiro emplacamento se desse para o órgão requisitante. Ressalte-se que a Impugnante, tem inscrição perante a Receita Federal, da Receita Estadual e da Junta Comercial para a venda de veículos novos (zero quilômetro). Estes veículos têm como origem a Fabricante, sendo que a garantia e o direito à assistência técnica permanecem inalteradas, haja vista que pertencem ao veículo, independentemente de quem o comercializou. A Nota Fiscal da empresa Impugnante, por não ser uma concessionária, não pode ser usada para fazer o primeiro emplacamento dos veículos novos (zero km) que comercializa. Com efeito, faz o primeiro emplacamento em seu nome e, em seguida, realiza a transferência do veículo para o Órgão adquirente, suportando todos os custos e despesas. Desse modo, a venda de veículos por esta Impugnante NÃO descaracteriza a condição de veículo novo e de primeiro uso (zero km), conforme a ampla jurisprudência que segue abaixo. Sr. Pregoeiro, reitera-se que, ao estipular as exigências ora impugnadas, a Administração está restringindo a participação de empresas que são revendas multimarcas de veículos novos, ou seja, que vendem veículos novos (zero quilômetro), mas que não são fabricantes ou concessionárias, conduta esta que também fere o princípio da livre concorrência. Ressalte-se que esta empresa fornece veículos para o Poder Público há vários anos, já tendo fornecido vários veículos para órgãos das 03 (três) esferas da Administração Pública (federal, estadual e municipal), sendo vários veículos semelhantes aos licitados no presente certame. Salienta-se que os veículos fornecidos por esta licitante não têm alterada sua garantia de fábrica, continuando a fabricante responsável por fornecer assistência técnica, através de seus concessionários, no período de garantia. Em respeito à presente questão, é imperioso destacar que a Constituição Federal, no art. 170, caput e inciso IV, preconiza a LIVRE CONCORRÊNCIA, donde se conclui que qualquer ato contrário é incompatível com tal regime, e constitui reserva de mercado. Corroborando com este entendimento, citem-se as decisões do Supremo Tribunal Federal e TRF2: "AUTONOMIA MUNICIPAL. DISCIPLINA LEGAL DE ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. LEI MUNICIPAL DE JOINVILLE, QUE PROÍBE A INSTALAÇÃO DE NOVA FARMÁCIA A MENOS DE 500 METROS DE ESTABELECIMENTO DA MESMA NATUREZA. Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF). Recurso não conhecido." (RE 203909. STF. Rel. Min. Ilmar Galvão. 1997). "CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIAS DETERMINANDO AQUISIÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO DE DISTRIBUIDORAS DA MESMA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. DECRETO-LEI 395/38 NÃO RECEPCIONADO PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO. ART. 170, PARÁGRAFO ÚNICO DA CRFB/88. - Trata-se de apelação em face de sentença que denegou a segurança, fundando-se legalidade das Portarias MME nº 10/97 e ANP nº 201/99. - Nos termos do art. 170, parágrafo único, da Carta Magna de 1988, somente a lei pode estabelecer casos nos quais restrições podem ser impostas ao desempenho de atividade econômica. Inexiste, então, lei a emprestar fundamento à Portaria, cuja aplicação é impugnada pela impetrante. - As restrições, impostas às TRR's, de aquisição de produtos e derivados de petróleo somente das distribuidoras da mesma unidade da federação, previstas nas Portarias atacadas, não encontram amparo legal, considerando-se que a Constituição da República vigente não recepcionou o Decreto-lei nº 395/38, no qual se amparam. - O assunto guerreado no presente trata justamente sobre a observância das fronteiras da legalidade e da razoabilidade, vez que a redação das citadas Portarias, parece realmente querer criar uma reserva de mercado, em afronta às diversas garantias insculpidas no texto constitucional, dispondo, ainda, sobre matéria que depende de lei que expressamente trate do assunto. - Denegar a segurança seria o caso de manter privilégio incompatível com o regime de livre concorrência, consagrado pelo art. 170, inciso IV, da atual Constituição. - Recurso provido para conceder a segurança." (TRF 2ª Região. Des. Fed. Ricardo Regueira. Primeira turma. 2002). A esse respeito, pontua com propriedade Daniel Sarmento: "conquanto a liberdade de concorrência proteja os agentes econômicos diante de regulações estatais restritivas, o seu foco

principal não é a proteção desses agentes, mas sim a tutela dos interesses dos consumidores, que são prejudicados pela imposição de limites injustificados à sua liberdade de escolha. Portanto, a criação de embaraços estatais à competição, com a instituição de reservas e privilégios a empresas ou grupos específicos, viola não apenas os direitos dos potenciais concorrentes prejudicados. Mais que isso, ela ofende os interesses dos consumidores e da própria sociedade.” Ademais, as exigências ora impugnadas implicam em infração à ordem econômica de livre concorrência, disciplinada na Lei nº 12.529/2011. Essa Lei nº 12.529/2011 dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica é clara ao determinar: “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. (...) Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...) IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: (...) c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;” A Constituição Federal dispõe sobre a ordem econômica e seus princípios. Para isso, baseia-se na valorização do trabalho humano e livre iniciativa. Dentre outros, os princípios da livre concorrência e a defesa do consumidor norteiam a nossa Carta Magna; mais que isso, dispõe que a lei deve reprimir o abuso do poder econômico que objetiva a dominação do mercado, à eliminação da concorrência, bem como, o aumento arbitrário dos lucros. Nesse sentido, a Lei nº 12.529/2011 veio determinar os meios de prevenção e repressão aplicáveis aos casos de infrações contra a ordem econômica. Neste diapasão, vejamos o que diz a doutrina: “A competição é um dos principais elementos do procedimento licitatório. Deve-se compreender que a disputa entre eventuais interessados possibilita à administração alcançar um melhor resultado no certame, auferindo uma proposta vantajosa. Além da competitividade, que é reconhecida pela ampla doutrina e (enquanto princípio) pode ser compreendida de acordo com os outros princípios pertinentes, este dispositivo deve ser encarado pelo gestor como regra, sendo expressamente vedadas cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo, motivadas por situações impertinentes ou irrelevantes para a obtenção do objeto contratual.” (Charles, Ronny. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. 2ª Ed. Jus Podivm. 2009. Salvador) Marçal Justen Filho prefere falar em ISONOMIA. Transcrevemos: “Isonomia significa o direito de cada particular de participar na disputa pela contratação administrativa, configurando-se a inviabilidade de restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas. Trata-se, então, da isonomia como tutela aos interesses individuais de cada sujeito particular potencialmente interessado em ser contratado pela Administração. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª Ed. Dialética. São Paulo. 2010). Neste mesmo norte, temos o Tribunal de Contas da União, que determinou, por diversas vezes, a vários órgãos da Administração, que se abstivessem de fixar exigência de declaração de que determinada empresa licitante é distribuidora ou revendedora autorizada de determinado produto ofertado, como condição de habilitação ou de classificação, por falta de amparo legal e por constituir restrição ao caráter competitivo de licitação (Acórdãos – TCU n. 2.375/2006 – 2ª Câmara, e ns. 423/2007, 539/2007, 1729/2008, 1731/2008 e 1979/2009, do Plenário). Saliente-se, de modo muito respeitoso, que essa nobre Administração, neste instrumento convocatório, está agindo em total desacordo com o que preconiza o próprio TCU, nos moldes da situação descrita no parágrafo acima. As exigências ora impugnação justamente o que o Tribunal de Contas da União visa a combater, por ferir de morte os princípios basilares do procedimento licitatório. Em sendo assim, observa-se que nem mesmo da mais pobre das interpretações pode-se concluir, para efeito de aquisição em licitações, que somente Fabricantes ou Concessionárias podem vender veículos para a Administração. Ademais, há que se observar os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade nas decisões administrativas, em consonância com o disposto no art. 2º da Lei 9.784/99. Senão vejamos: “A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. (Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2003) “A razoabilidade expressa, em primeiro lugar, a racionalidade que deve existir entre os meios utilizados para o alcance de fins perante motivos circunstanciais impostos à atuação administrativa”. (Figueiredo, Lúcia Valle. *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo*. Ed. Fórum. 2ª Ed. 2008) “As exigências de razoabilidade e proporcionalidade na atuação administrativa constituem pautas axiológicas fundamentais de um legítimo proceder estatal em um Estado Democrático. Integram o direito positivo enquanto princípios jurídicos estruturadores do regime jurídico-administrativo, do qual recebem uma determinada compostura, a partir da qual delinea todo o desenvolvimento da função administrativa”. (Oliveira, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade na Administração Pública Brasileira*. Malheiros. 2006 Sendo assim, em respeito à livre concorrência, preceituada no art. 170, caput e inc. IV, da C.F., bem como considerando os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, conclui-se que inexistente amparo fático e legal, que vede esta empresa e outras de natureza semelhante, ao fornecimento dos veículos em epígrafe neste certame. Ressalte-se que esta empresa Impugnante ostenta em seu objeto social a possibilidade de vender veículos novos, possuindo também autorização da Receita Federal, da Receita Estadual e da Junta Comercial para exercer esta atividade, já tendo fornecido veículos zero km para diversos órgãos públicos, das três esferas da Administração Pública. Ademais, é fornecedora de veículos para a Presidência da República, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Supremo Tribunal Federal, dentre outros órgãos, que não estabelecem tais limitações à participação em seus certames. Os veículos fornecidos têm como procedência o fabricante ou alguma concessionária da marca e mantêm inalterada sua garantia, sendo que toda a assistência técnica durante o período de garantia pode ser realizada em qualquer concessionária da marca no país. Outrossim, é de suma importância salientar que, caso venha a ser mantido tal entendimento, cria-se um mercado à margem da Legislação, onde apenas Fabricantes ou Concessionárias poderiam comercializar veículos com órgãos licitadores, vindo em total desacordo com os princípios basilares do Procedimento Licitatório, como a de livre concorrência, da competitividade, da probidade administrativa, da igualdade e da legalidade, afastando, ainda, a possibilidade de obtenção da proposta mais vantajosa. Todavia, aproveita-se esta oportunidade para, com todo respeito e lisura, elevar um importantíssimo fato: O que será mais interessante e conveniente ao interesse público e à Administração em geral: 1º - A AMPLA COMPETITIVIDADE/CONCORRÊNCIA, em busca da proposta mais SATISFATÓRIO-VANTAJOSA? ou 2º - Tornar-se REFÉM de um

mercado exclusivo de Fabricantes e Montadoras? Destaque-se ainda, que não é a primeira vez que existem dúvidas quanto ao caso in tela. Nesse sentido, para um melhor entendimento e esclarecimento a esse nobre Julgador dessa respeitável Administração, abaixo passamos a demonstrar demais jurisprudências, decisões e julgados que corroboram com o alegado. Passamos a transcrever a DECISÃO do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, de um recurso apresentado pela empresa COMIL, alegando, dentre outras inverdades, que o veículo ofertado não seria considerado 0 km, por não ter sido vendido por Fabricante ou Concessionária. Conforme acima relatado, o Ministério da Justiça não apenas deu provimento/razão à empresa que não era Concessionária autorizada, nem fabricante de veículos, bem como, contratou e recebeu 10 veículos/ônibus. O teor completo do recurso, das contrarrazões e a presente decisão que estamos apresentando, pode ser conhecido no site www.comprasnet.gov.br, em ACESSO LIVRE/PREGÕES/CONSULTA ATA/ANEXOS, informando: UASG 200005 e PREGÃO 142012. Vejamos: DECISÃO DO PREGOEIRO: "Primeiramente, informo que integra da decisão encontrase acostado aos autos e disponíveis no site do Ministério da Justiça. A recorrente insurge-se contra ato administrativo que entende equivocado face ao não cumprimento de itens do Edital e, por conseguinte, da legislação pertinente aos processos licitatórios. Encontram-se, pelo exposto, presentes os requisitos para o conhecimento da peça, afastando-se a preliminar de não conhecimento da manifestação de intenção de recurso alegado pela recorrida USATEC BSB. Em resumo, a recorrente COMIL ÔNIBUS S/A. alega por meio do recurso impetrado contra as licitantes EMPORIUM CONSTRUTORA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA-ME e USATEC BSB – INDÚSTRIA E COMÉRCIO, julgando pela irregularidade das mesmas perante o objeto social em seu registro. Para fornecer o objeto, a licitante deverá, uma, ter em seu objeto social a característica de fabricante ou comerciante de veículo ônibus novo, situação que permitirá adquirir a carroceria a ser transformada; a duas, deverá a licitante, adquirindo ou fabricando o veículo novo, realizar as transformações necessárias para inserir os equipamentos que irão caracterizar o veículo como base móvel. Obs: devido ao limite de caracteres, não foi possível transcrever todo o conteúdo, que estará disponível no site da CGU: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/licitacoes/tipos/pregao/2020-1/pregao-eletronico-no-22-2020>

Fechar