

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 006.360/2013-0

Natureza: Representação

Órgão: Ministério da Justiça.

Interessado: Inbraterrestre Indústria e Comércio de Materiais de Segurança Ltda. (CNPJ 12.887.936/0001-65).

Advogados constituídos nos autos: Adilson de Lizio - OAB/DF 11.500, Moacyr Amâncio de Souza - OAB/DF 17.969, Ana Karla de Oliveira Nogueira - OAB/DF 36.022 e outros (peças 14 e 16); João Bosco Leopoldino da Fonseca - OAB/MG 10.907, Maurício Leopoldino da Fonseca - OAB/MG 55.454 e outros (peça 30); Orion Savio Santos de Oliveira - OAB/DF 36.445-A (peça 29), Ricardo Ribas da Costa Berloff - OAB/SP 185.064 e Caroline de Oliveira Pampado Casquel Berloff - OAB/SP 202.166 (peças 26 e 32).

SUMÁRIO: PREGÃO ELETRÔNICO VISANDO A AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. INABILITAÇÃO DE EMPRESA POR SUPOSTO VÍCIO NA TITULARIDADE DOS ATESTADOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA EXIGIDOS NO CERTAME. REPRESENTAÇÃO DA EMPRESA INABILITADA. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CERTAME. OITIVA DO ÓRGÃO E DE EMPRESAS INTERESSADAS. VERIFICAÇÃO DE QUE OS RESPECTIVOS ATESTADOS HAVIAM SIDO INCORPORADOS AO PATRIMÔNIO DA LICITANTE INABILITADA. CUMPRIMENTO, SOB O PONTO DE VISTA MATERIAL, DAS EXIGÊNCIAS CONTIDAS NO EDITAL. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. DETERMINAÇÃO AO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, COM O OBJETIVO DE QUE ADOTE PROVIDÊNCIAS TENDENTES À ANULAÇÃO DO ATO DE INABILITAÇÃO DA INTERESSADA. DESCONSTITUIÇÃO DA CAUTELAR. AUTORIZAÇÃO PARA RETOMADA DO CERTAME, A PARTIR DO EXAME DA PROPOSTA DA AUTORA DA REPRESENTAÇÃO.

RELATÓRIO

Transcrevo, em seguida, instrução elaborada por Auditor da Selog:

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de representação (peça 1), encaminhada ao Tribunal pela empresa Inbraterrestre Indústria e Comércio de Materiais de Segurança Ltda. (CNPJ 12.887.936/0001-65), relatando possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 28/2012, do tipo menor preço por item, promovido pelo Ministério da Justiça - MJ, conforme edital (peça 20, p. 1-96), que tem por objeto a*

“aquisição de Equipamentos de Proteção Individual e Controle de Distúrbios Cíveis - CDC, para suprir as necessidades do Departamento da Força Nacional de Segurança Pública – DFNSP e o atendimento ao Batalhão Escola de Pronto Emprego - BEPE”, de acordo com as especificações, quantidades e demais condições constantes do Edital e seus anexos.

1.2 No Anexo I do Edital (Termo de Referência), as quantidades a serem adquiridas estão descritas da seguinte forma:

ITEM	DESCRIÇÃO DO MATERIAL	UNIDADE	QUANTIDADE
1	Colete balístico nível III-A, tamanho GG, modelo masculino.	UND	60
2	Colete balístico nível III-A, tamanho G, modelo masculino.	UND	50
3	Colete balístico nível III-A, tamanho M, modelo masculino.	UND	350
4	Colete balístico nível III-A, tamanho P, modelo masculino.	UND	20
5	Colete balístico nível III-A, tamanho G, modelo feminino.	UND	10
6	Colete balístico nível III-A, tamanho M, modelo feminino.	UND	40
7	Colete balístico nível III-A, tamanho P, modelo feminino.	UND	10
8	Colete balístico nível III, tamanho GG, modelo masculino.	UND	50
9	Colete balístico nível III, tamanho G, modelo masculino.	UND	170
10	Colete balístico nível III, tamanho M, modelo masculino.	UND	230
11	Colete balístico nível III, tamanho P, modelo masculino	UND	50
12	Capacete balístico, nível III-A, tamanho P.	UND	340
13	Capacete balístico, nível III-A, tamanho M.	UND	800
14	Capacete balístico, nível III-A, tamanho G.	UND	400
15	Capacete balístico, nível III-A com viseira tam. M.	UND	100
16	Capacete balístico nível III-A com viseira tam.G.	UND	50
17	Capacete antitumulto com viseira e protetor de nuca, tamanho M.	UND	600
18	Escudo para controle de tumulto.	UND	600
19	Escudo balístico, nível III-A com visor.	UND	100

1.3 Valor estimado da contratação: R\$ 6.682.180,00 (peça 2, p. 134).

HISTÓRICO

2. Conforme relato da representante, após ter sido declarada como vencedora do pregão em referência para os itens 01 a 12 e 14 a 16, o Pregoeiro decidiu por não aceitar, e inabilitar, a sua proposta para os referidos itens com os seguintes argumentos, em suma, transcritos:

A empresa Inbraterrestre comércio de blindados Ltda. não foi habilitada em seus itens por apresentar Atestado de Capacidade Técnica em nome de outras empresas. Apesar de serem sócias da Inbraterrestre, as pessoas jurídicas não se confundem. Há discordância com o edital, que em seu item 12.11 exige que a documentação de habilitação esteja em nome da licitante.

2.1 Posteriormente, em sede de recurso, o Pregoeiro decidiu por manter sua decisão de não aceitar e inabilitar a proposta vencedora da representante para os referidos itens (peça 2, p. 131), o que foi mantido pela Autoridade Superior (no caso, a Coordenadora de Procedimentos Licitatórios) em sua decisão (peça 2, p. 133-150), declarando por consequência as licitantes classificadas em posições subsequentes como vencedoras (empresa CBC para os Itens 01 a 09 e 11, e empresa Glágio para os Itens 10, 12 e 14 a 16).

3. Contudo, a representante, permaneceu irredignada com a referida decisão, alegando que a tese fundamentada pelo Pregoeiro e pela Coordenadora de Procedimentos Licitatórios, não teria sido recepcionada pelo próprio TCU conforme o teor do Acórdão 2.444/2012-TCU-Plenário, o qual deixaria claro que haveria a possibilidade de “transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas jurídicas objeto de reestruturação empresarial”.

3.1 Argumentou que o Pregoeiro do Exército Brasileiro, ao proferir sua decisão em caso semelhante para a aquisição de coletes balísticos nível III, aceitou os Atestados de Capacidade Técnica (ACT) apresentados por ela, utilizando em sua fundamentação o referido Acórdão 2.444/2012-TCU-Plenário (peça 2, p. 152-153).

3.2 Além disso, acrescentou que mesmo estando os atestados em nome de outras empresas do seu Grupo Econômico, o fato é que “tais atestados foram de fato e direito transferidos à representante, e não são mais de propriedade das antigas empresas”, conforme restou consignado na 3ª Alteração de Contrato Social (peça 2, p. 155-187), a qual foi devidamente registrada e homologada pela Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), conforme comprovam o balanço atual, a relação de ativos fixos e notas fiscais (peça 2, p. 189-204), bem como de RETEX (Relatório Técnico Experimental – emitido pelo Exército Brasileiro), tecnologia e pessoal capacitado “que ensinaram exatamente a fabricação dos itens fornecidos e apontados nos atestados, os quais foram efetivamente transferidos à representante”.

3.3 Ademais, ressaltou que o Exército Brasileiro, após realização da vistoria prévia (peça 2, p. 206-210), outorgou à representante o TR (Título de Registro) autorizando o seu funcionamento, em decorrência de sua capacidade técnica constatada, através de laudo emitido em razão da citada vistoria, sendo ainda que, em resposta à questionamento da Prefeitura do Município de São Paulo (em decorrência de licitação vencida pela empresa representante), o Exército Brasileiro informou que a cessão de Relatórios Técnicos Experimentais (RETEX) é uma “prática aceita”, tendo em vista que “na nossa legislação não há nada que proíba tal manifestação” (peça 2, p. 269-272).

4. Assim, a empresa Inbraterrestre finalizou a sua peça de representação solicitando a suspensão cautelar do certame em tela, e, no mérito, a anulação da decisão que a inabilitou.

5. Em instrução inicial (peça 5), realizada no âmbito desta unidade técnica, foi avaliada a solicitação de medida cautelar, concluindo pela sua concessão, uma vez presentes os requisitos necessários.

6. Em seu despacho (peça 8), o Ministro Relator determinou ao Ministério da Justiça, com fulcro no art. 276, caput e §3º, do Regimento Interno do TCU, a suspensão dos atos decorrentes do Pregão Eletrônico 28/2012 até que este Tribunal decida sobre o mérito da questão.

6.1 Ao mesmo tempo, determinou que a Selog promovesse a oitiva do Ministério da Justiça e das empresas Companhia Brasileira de Cartuchos – CBC e Glágio do Brasil Ltda. para, no prazo de 15 dias, se pronunciarem sobre os pontos tratados no âmbito deste processo.

7. Realizadas as comunicações processuais, conforme Ofício 0315/2013-TCU/Selog, de 20/3/2013 (peça 10), e Ofícios 316 e 317/2013-TCU/Selog, de 21/3/2013 (peças 12-13), o Ministério da Justiça encaminhou o Ofício 121/SE (peça 25), e as empresa CBC e Glágio encaminharam os documentos constantes das peças 27, 28 e 31.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. *Em despacho constante da peça 8, o Sr. Ministro Relator conheceu da presente representação, considerando satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666, de 1993.*

EXAME TÉCNICO

9. *Considerando os elementos encaminhados pelo Ministério da Justiça e pelas empresas CBC e Glágio do Brasil Ltda., procederemos ao exame técnico da matéria constante dos presentes autos, em especial quanto à questão relativa à desclassificação da empresa Inbraterrestre, pelo fato de ter apresentado Atestado de Capacidade Técnica em nome de outras empresas, sendo que o item 12.11 do edital exigia que a documentação de habilitação estivesse em nome da licitante.*

10. Resposta do Ministério da Justiça (peça 25):

10.1 *Conforme informações contidas no Despacho 137/2013 da Coordenação de Procedimentos Licitatórios, encaminhado em anexo ao Ofício 121/SE do Ministério da Justiça, após a fase de lances, a empresa Inbraterrestre ficou classificada em 1º lugar para os itens 1 a 12, e 14 a 16, e em 2º para os itens 13 e 19.*

10.2 *Contudo, no momento da habilitação, foi constatado que os Atestados de Aptidão Técnica, item 12.4.4 do edital, amparado pelo inciso II e parágrafo 4º do artigo 30 da lei 8.666/93, não indicavam a empresa Inbraterrestre como fornecedora dos materiais para outros órgãos ou empresa, constatando-se que a licitante encaminhou os atestados de aptidão técnica em nome das empresas Inbra-Têxtil Indústria e Comércio de Tecidos Técnicos Ltda. (CNPJ 04.729,192/0001-22) e Inbradefesa Indústria e Comércio de Materiais de Segurança Ltda. (CNPJ 13.206.463/0001-56), sendo que o único atestado de aptidão técnica encaminhado que estava em nome da empresa Inbraterrestre (expedido pela empresa CRH Equipamentos de Segurança Ltda-EPP) não teria a quantidade de materiais fornecidos discriminados de forma expressa, de modo a satisfazer a exigência do item 12.4.4.2 do edital, que exige comprovação que já forneceu pelo menos 20% do objeto da licitação.*

10.3 *Segundo o seu entendimento, a decisão em inabilitar a empresa Inbraterrestre foi respaldada na Constituição Federal, que determina que a Administração Pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput), e que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI), bem como ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previsto expressamente na Lei de Licitações.*

10.3.1 *Para reforçar a sua argumentação, citou textos de doutrina e também de jurisprudência, reforçando o entendimento quanto à aplicação dos referidos princípios nos procedimentos licitatórios, inclusive recomendação apresentada por este Tribunal no Acórdão 483/2005.*

10.3.2 *Desta maneira, considerando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, não se poderia, independente de a empresa alegar possuir capacidade técnica, deixar de observar as exigências contidas do Edital, em especial quanto ao disposto no subitem 12.11:*

12.11 - Sob pena de inabilitação, os documentos encaminhados para habilitação deverão estar em nome do licitante, e, preferencialmente, com número da licitação, CNPJ e o respectivo endereço. No entanto, poderá ser um erro sanável por este Pregoeiro caso não conste nos documentos as informações relativas aos dados solicitados preferencialmente.

10.3.3 Destarte, a empresa Inbraterrestre foi inabilitada por não apresentar atestados de aptidão técnica na forma prevista no edital e na legislação. Além do mais, destaca o fato de a empresa não impugnar o edital em tempo hábil e também sua expressa declaração que concordava com os termos do edital, ocorrendo, por este motivo, a decadência do direito de impugnação das regras editalícias.

10.3.4 Acrescenta não haver previsão legal para a compra ou venda de capacitação técnica, pois seria uma aptidão que se adquire com a execução do objeto no mercado, de acordo com o modo de operação, organização, gerenciamento, experiência, zelo, entre outros atributos para separar o competente empreendedor do menos competente.

10.4 Neste contexto, também informa que, após consulta dos CNPJ's das empresas "cedentes" do seu acervo técnico, foi verificado que a certidão referente à Receita Federal, estava vencida. Ou seja, as sócias da recorrente que cederam seu acervo técnico, estavam irregulares perante a Receita Federal por questões relacionadas a tributos federais, conforme documentos encaminhados em anexo (peça 25, p. 16-18).

10.4.1 Tal situação poderia ser considerada como uma possibilidade de "utilização de meios não totalmente éticos", para tentar burlar a qualificação fiscal, já que as empresas cedentes dos atestados não poderiam ser habilitadas em licitações por estarem irregulares perante o fisco. Caso tal prática fosse autorizada, qualquer empresa que não pagasse corretamente os tributos poderia se associar a empresas terceiras para participar de licitações, obtendo vantagem indevida sobre os demais licitantes que estão regulares perante o fisco.

10.5 Assim, pondera que, se mesmo após a exposição destes argumentos, o TCU entender que assiste razão à empresa representante, s.m.j., será necessária a republicação do edital, ao se considerar os princípios da isonomia e da impessoalidade.

11. Resposta da empresa CBC (peças 27-28):

11.1 Em sua resposta, a empresa CBC alega que, diferentemente do que alegado pela empresa Inbraterrestre, a Administração licitante teria julgado a documentação tanto da representante quanto da representada de forma correta e irretocável pelos seguintes motivos:

11.1.1 A discussão acerca da inabilitação da empresa Inbraterrestre ocorreria em razão da utilização, por parte daquela empresa, de atestados de capacidade técnica oriundos e emitidos em favor de empresas terceiras pertencentes ao mesmo grupo econômico.

11.1.2 Alega que aquela empresa realizou uma elevação de capital integralizada pela conferência de bens intangíveis, quais sejam, diversos atestados de capacidade técnica emitidos em favor de terceiros que, com a elevação de capital, passariam a fazer parte de seu quadro acionário, sendo que tal procedimento societário se deu com "fim único e exclusivo de burlar as exigências habilitatórias em certames licitatórios brasileiros", sendo fato que a análise mais detida das condições e características desta alteração societária demonstrariam tratar-se de "ardil muito bem elaborado mas que, em seu conteúdo, não traz qualquer legalidade", pelos seguintes motivos:

11.1.2.1 *Primeiramente, com a análise da alteração do contrato social registrado na Junta Comercial de São Paulo, não houve a fusão nem a cisão das empresas beneficiadas pelo “estratagema societário”, sendo fato apenas que a empresa Inbradefesa comprou cotas da empresa Inbraterrestre.*

11.1.2.2 *Em segundo lugar, o valor de elevação de capital dado pelo ingresso da Inbradefesa no capital social da empresa Inbraterrestre foi de “meros R\$ 3.630,00 (três mil seiscentos e trinta reais), representando um acréscimo de capital de menos de 1% (um por cento)”.*

11.1.2.3 *Em terceiro lugar, ao admitir a empresa Inbradefesa em seu quadro societário, a empresa Inbraterrestre “apenas recebeu os atestados como meio de integralização das respectivas cotas, não- recebendo qualquer equipamento, maquinário ou expertise em si”.*

11.1.2.4 *Em quarto lugar, em momento algum do certame licitatório ou na alteração societária realizada há qualquer compromisso de que os escopos contratuais voltados a estes atestados dados como pagamento das cotas sociais seriam futuramente executados pela empresa Inbradefesa, que seria a “titular original dos atestados”.*

11.2 *Argumenta, também, que “é de se cogitar que estaríamos diante de um fabuloso meio de burlar as exigências de qualificação técnica de empresas instituindo-se a simples compra de ínfimo capital social entre empresas a fim de que cada uma possa utilizar os atestados uma das outras”.*

11.2.1 *Questiona quanto ao fato de “se a partir da cessão do acervo realizada como meio de pagamento das cotas sociais da empresa Inbraterrestre a empresa cedente e compradora das cotas sociais (Inbradefesa) estaria proibida a utilizar tais atestados em suas qualificações em licitações públicas”, e “como controlar este uso indiscriminado por parte de ambas as empresas”, considerando, ainda, que a simples “cessão do acervo técnico quando desacompanhada de equipamentos, maquinários ou quando não decorrente da completa cisão ou fusão de empresas é ilegal para efeitos habilitatórios em certames licitatórios”, justamente porque a “cessão do atestado em si, do documento unicamente, não transfere qualquer capacidade operacional ou experiência a quem o recebe”.*

11.3 *No que se refere à alegação da empresa Inbraterrestre, que a empresa CBC não possui capacidade técnica, “mencionando que a representada utiliza componentes fornecidos pela empresa BCA”, afirma tratar-se de um equívoco, “uma vez que a empresa CBC não importa os coletes balísticos, mas sim o material balístico (matéria prima) que é apenas prensado na empresa BCA, e, posteriormente, retorna à empresa CBC para efetiva confecção dos coletes”. Neste caso, a única diferença, seria que a empresa Inbraterrestre “prensa o material em suas próprias dependências”.*

11.3.1 *Com relação ao não atendimento, por parte da empresa CBC, das exigências contidas na Portaria 18-D Log e no Decreto 3.665/2000, tal questionamento não seria procedente, pois a empresa CBC, além de atender a todos os critérios determinados naqueles normativos, possui os devidos e necessários atestados técnicos de conformidade, tais como RAT, RETEX, TR e apostilamento, conforme cópias de documentos, constantes da peça 28, p. 28-107.*

11.4 *Quanto à questão da economicidade, e da alegação de que a proposta da empresa Inbraterrestre “seria mais vantajosa à Administração, posto que mais barata”. A empresa CBC, “a fim de comprovar a boa-fé”, estaria “disposta a assumir essa diferença e oferecer os produtos ao mesmo preço que a empresa representante, visando a prevalência do interesse público” e também “num claro ganho financeiro à Administração contratante”.*

11.5 *Ao final, a empresa CBC considera que “é preciso ponderar o periculum in inverso, a falta de comprovação ou verossimilhança do direito alegado pela representante, a legítima*

participação da postulante no certame” e, assim, “revogar-se a liminar anteriormente concedida para o fim de proteger-se a saúde e vida dos agentes da Força Nacional de Segurança e do Batalhão de Pronto Emprego e o direito legítimo de contratação da postulante”.

12. Resposta da empresa Glágio do Brasil Ltda. (peça 31):

12.1 A empresa Glágio do Brasil inicia sua argumentação considerando que, em sede de recurso, durante o processo de licitação, o Sr. Pregoeiro decidiu por manter a decisão que inabilitou a licitante Inbraterrestre, pelos seguintes fundamentos: em primeiro lugar por não ter impugnado o edital tempestivamente, “tendo concordado expressamente com a determinação constante no item 12.11, a qual exigia que a documentação deveria estar no nome da empresa licitante” e, em segundo lugar por não lhe assistir razão nas questões de mérito abordadas, pois “não há previsão legal para compra ou venda de capacitação técnica”.

12.2 Acrescenta que “a situação fica mais complexa ao examinarmos minuciosamente a qualificação das empresas “cedentes” do seu acervo técnico, pois ao consultar o SICAF e a Receita Federal verifica-se que as empresas sócias da representante estariam irregulares perante a Receita Federal por questões relacionadas a tributos federais. Então, caso esta prática fosse autorizada, “qualquer empresa que não pagasse corretamente os tributos poderia se associar a empresas terceiras e assim participar das licitações, tendo assim vantagem sobre os demais licitantes que estão regulares perante o fisco”.

12.3 Assevera que, diante dos termos do edital e da “inércia da Inbraterrestre em impugná-lo em tempo hábil”, não haveria que se questionar a possibilidade de apresentação do atestado de capacidade em nome de outra empresa, observando que “todas as licitantes, inclusive a Inbraterrestre, concordaram expressamente com as condições do edital”.

12.4 Pondera que, devido a sua importância, o princípio da vinculação ao edital foi prestigiado na Constituição Federal, bem como, na Lei de Licitações e que, sendo o edital “lei entre as partes”, a Administração Pública e os licitantes ficariam adstritos aos seus termos, não podendo, portanto, haver a aceitação de documentos que não cumpram às exigências previstas no item 12.11 do mesmo. Desta forma, aceitar as alegações da empresa Inbraterrestre e admitir a sua habilitação, declarando-a vencedora, implicaria em ofensa não só ao princípio da vinculação ao edital, mas também a outros princípios correlatos, tais como o princípio da isonomia, da impessoalidade e da legalidade.

12.5 Afirma que experiência, demonstrada através do Atestado de Capacidade Técnica, “não é um bem jurídico, que pode ser alienado ou transferido, mas é a sabedoria ou o conhecimento que se conquista com muito trabalho próprio e dedicação”.

12.5.1 Os atestados apresentados pela Inbraterrestre em nome de outras empresas não poderiam ser aceitos para habilitá-la no processo licitatório, pois os referidos atestados não comprovariam a sua experiência, mas sim das outras empresas que não participaram da licitação e das quais alega ter adquirido os respectivos atestados. Tais atestados não comprovariam a sua aptidão para executar o objeto licitado, pois, ao contrário do que consta da representação, a Inbraterrestre não teria adquirido ativos, maquinário, tecnologias, funcionários e RETEX da Inbradefesa.

12.6 No que se refere à alegação de que a empresa Glágio do Brasil não fabrica a “placa balística” e que deveria possuir RETEX do fabricante apostilado ao Título de Registro, informa que o Departamento da Força Nacional de Segurança Pública (DFNSP), na Nota Técnica nº 020/2012, Anexos I e II, considera que são produtos controlados o colete a prova de balas de uso

restrito e o colete a prova de balas de uso permitido. Para ambos a Glágio possui Título de Registro, possuindo também autorização de importação da placa balística emitida pelo Exército Brasileiro. Como a placa balística não é descrita nos citados anexos I e II, não se configurando, portanto, produto controlado, o Título de Registro somente poderia ser exigido da empresa que confeccionou o produto final, que teria a responsabilidade direta pelo colete balístico produzido com a placa balística de outro fabricante, e não sobre aquela que produziu matéria prima. Nesta situação seria suficiente que somente a Glágio, na qualidade de responsável direta pelo colete balístico, tivesse a obrigação de possuir o Título de Registro no Exército Brasileiro, conforme demonstrado no documento constante da peça 31, p. 31-41, nada interferindo o fato de a placa balística ser fabricada por outra empresa, restando infundadas as alegações de irregularidade quanto à habilitação para o item 10 do certame. Quanto ao questionamento para os itens 12, 14, 15 e 16, os mesmos não teriam fundamento, pois conforme Relatório Técnico Experimental (RETEX) 2578/10 (peça 31, p. 31), os referidos itens também estariam em conformidade com o exigido no Termo de Referência do Edital.

13. Análise:

13.1 Inicialmente, contata-se que, conforme argumentações e documentação apresentadas pelas empresas CBC e Glágio do Brasil Ltda., ambas comprovaram estarem em condições para o fornecimento dos itens que compõem o objeto da licitação, sendo que quanto a este questionamento não procedem as alegações da empresa Inbraterrestre.

13.2 No que se refere especificamente à questão relativa à desclassificação da empresa Inbraterrestre, verifica-se que a mesma decorreu, em essência, em razão de ter apresentado Atestado de Capacidade Técnica em nome de outras empresas, sendo que o item 12.11 do edital exigia que a documentação de habilitação estivesse em nome da licitante.

13.3 Contudo, entendemos que, embora os atestados ainda estivessem em nome de outras empresas, os mesmos já tinham sido transferidos à empresa Inbraterrestre (que, por consequência, passou a ser titular de todos os direitos acerca de tais atestados), conforme documentação protocolada na Junta Comercial (peça 2, p. 155-187), encontrando-se em fase de transferência de titularidade junto ao Exército Brasileiro, conforme Termo de Vistoria, que avaliou a sua capacidade técnica (peça 2, p. 206-210).

13.4 Desta forma, deve-se considerar que não foi desrespeitada a exigência contida no citado item 12.11 do edital, visto que, embora os atestados (em especial os Relatórios Técnicos Experimentais – RETEX) exigidos na documentação de habilitação ainda não estivessem em nome da licitante (vislumbrando-se o aspecto meramente formal), os mesmos já encontravam-se em fase de transferência de propriedade junto ao Exército Brasileiro, que é o órgão encarregado de exercer o controle sobre a concessão e também sobre a cessão (ou transferência) dos mesmos. Importante também considerar que, conforme informado no documento constante da peça 2, p. 269-272, e já comentado no item 3 desta instrução, tal cessão é uma prática aceita, tendo em vista que na nossa legislação não há nada que proíba tal manifestação.

13.5 Neste contexto, constata-se que, de fato e de direito, tal documentação pertence à empresa Inbraterrestre e como tal deve ser considerada para efeitos de habilitação no procedimento licitatório, mormente quando se leva em conta o teor do Acórdão 2.444/2012-TCU-Plenário, do qual destacamos os seguintes pontos, relativos ao voto do Ministro Relator:

12. No entanto, consoante amplamente demonstrado pela Serur, embora a questão relativa à possibilidade da transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas

jurídicas objeto de reestruturação empresarial não tenha merecido tratamento expresso na legislação sobre licitações, esta viabilidade já está devidamente consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

(...)

14. Outro aspecto importante a ser destacado consiste em se levar em consideração, na aferição da validade dos atestados apresentados, a existência de tratamento expresso, no negócio jurídico que tenha formatado a operação reestruturante, quanto à divisão do acervo técnico da empresa. Isto porque, de acordo com o que for determinado no negócio jurídico que ensejou a reformulação societária, haverá de ser dimensionada a extensão e aproveitamento dos atestados técnicos até então expedidos em favor das empresas envolvidas.

(...)

20. Neste ponto, é oportuno destacar, na linha igualmente defendida pela Serur, que não pode subsistir o raciocínio utilizado na deliberação recorrida de que somente seria permitida a transferência da capacidade técnica entre pessoas jurídicas quando ocorresse a transferência total do patrimônio e dos profissionais correspondentes, uma vez que o próprio Tribunal já reconheceu essa possibilidade nos casos de cisões, posição esta inaugurada pelo Acórdão 1.108/2003 - TCU - Plenário, no que foi seguido por outras deliberações, a exemplo dos Acórdãos 2.071/2006, 634/2007, 2.603/2007 e 2.641/2010, todos do Plenário.

(...)

22. Assim, entendo que não se configura a inviabilidade jurídica da transação constatada no presente caso, como anteriormente apontado pelo Tribunal.

23. Nesse aspecto, entendo que o Tribunal não tem fundamentação jurídica para avaliar a legalidade e legitimidade de eventuais reestruturações de empresas que licitam ou contratam com União. Entendo, ademais, que o Tribunal, ao contrário, deve continuar no processo de evolução da sua jurisprudência, como já o fez mediante as deliberações mencionadas no item 20 anterior, de modo a acompanhar a dinâmica das modificações societárias que afetam o mundo empresarial globalizado, que impõe a necessidade de alterações na organização da sociedade para a sua própria sobrevivência, como bem disse o eminente Ministro emérito deste Tribunal Marcos Vileça, ao proferir o Voto condutor do Acórdão 2071/2006 - TCU - Plenário.

24. Dessa forma, creio que a tarefa desta Corte de Contas em relação à matéria consistirá em exigir sempre que os órgãos e entidades públicas exerçam as prerrogativas de que dispõem, de modo a prevalecer o interesse público nas relações com tais organismos empresariais, independentemente da sua forma de organização.

13.6 Acrescente-se, ainda, que não se tratou de uma mera transferência escritural de propriedade dos atestados técnicos, pois conforme documentação constante da peça 2, p. 189-204, também houve a transferência de materiais e equipamentos das empresas Inbra-têxtil e Inbradefesa para a empresa Inbraterrestre.

13.6.1 Conforme já relatado acima, o Exército Brasileiro somente autorizou a transferência após realização de vistoria prévia, outorgando à empresa Inbraterrestre o TR (Título de Registro) autorizando o seu funcionamento, em decorrência de sua capacidade técnica constatada.

13.6.2 Neste ponto, verifica-se que, ao se proceder a transferência de titularidade dos atestados de capacitação técnica, junto ao Exército Brasileiro, as empresas cedentes não mais seriam detentoras do TR (Título de Registro), o que, automaticamente, impediria que as mesmas pudessem, eventualmente, continuar se utilizando dos atestados em outras licitações, ao contrário do alegado pelas empresas CBC e Glágio do Brasil.

13.7 Reforçando a argumentação de que a empresa Inbraterrestre encontra-se capacitada a fornecer o material objeto da licitação, temos que o próprio o Pregoeiro do Exército Brasileiro, ao proferir sua decisão em caso semelhante, para a aquisição de coletes balísticos nível III, aceitou os Atestados de Capacidade Técnica (ACT) apresentados pela referida empresa, utilizando em sua fundamentação legal o Acórdão 2.444/2012-TCU-Plenário (peça 2, p. 152-153).

13.8 Importante salientar que, no presente caso deve-se levar também em consideração a prevalência do interesse público, considerando que a proposta apresentada pela empresa Inbraterrestre, para os itens em que inicialmente sagrou-se vencedora, implicaria em uma economia equivalente a R\$ 113.814,00 para os cofres públicos, conforme informação contida no julgamento do recurso administrativo (peça 2, p. 140).

13.8.1 Quanto à proposta da empresa CBC, que estaria “disposta a assumir essa diferença e oferecer os produtos ao mesmo preço que a empresa representante, visando a prevalência do interesse público”, entendemos ser intempestiva, considerando que já foi encerrada a fase de lances do pregão. Desta forma, tal possibilidade só poderia ser considerada em caso de desistência ou efetiva desclassificação da empresa Inbraterrestre.

13.9 No que se refere a resguardar a Administração na contratação decorrente da presente licitação, deve-se levar em conta a Garantia Contratual e a de Assistência Técnica (previstas nos itens 17 e 18 do edital), e o fato de o pagamento referente aos equipamentos licitados somente ocorrer após a entrega dos mesmos e a comprovação de que atendem às especificações exigidas, conforme previsto no itens 26.1 e 26.2 do edital:

26.1 - O pagamento será efetuado em até 30 (trinta) dias corridos, contados da entrega efetiva do quantitativo solicitado, acompanhados pela Nota Fiscal discriminada de acordo com a Nota de Empenho, após conferência, atesto e aceite pelo fiscal do contrato e será creditado em favor da Empresa, após consulta "On Line" ao SICAF para verificação da sua regularidade, por meio de ordem bancária contra qualquer banco indicado na proposta, devendo, para isto, ficar explicitado o nome do banco, agência, localidade e número da conta corrente em que deverá ser efetivado o crédito.

26.2 - Fica desde já reservado à Contratante o direito de suspender o pagamento, até a regularização da situação, se, no ato da entrega e/ou na aceitação do produto, forem identificadas imperfeições e/ou divergências em relação às especificações técnicas contidas no Termo de Referência e seu anexo, Anexo I deste Edital.

13.10 No tocante às alegações quanto à possibilidade de fraudes tributárias, consideramos que tal assunto é de competência das Fazendas Estaduais e Municipais, bem como da Receita Federal, sendo que, ao que consta, foram apresentadas as documentações (em especial, certidões) exigidas, no que se refere especificamente à empresa Inbraterrestre, não se observando restrições para a sua participação no certame.

13.11 Quanto à alegação de possibilidade de periculum in mora reverso, não consideramos a sua existência, visto que o procedimento licitatório foi suspenso antes de qualquer contratação, e mesmo assim por um prazo exíguo, que foi apenas suficiente para propiciar a defesa do interesse público na condução dos procedimentos relativos à licitação. No entanto, contata-se que a

apreciação do processo quanto ao mérito, por parte do Tribunal, encerrará definitivamente qualquer possível questionamento acerca desta questão.

CONCLUSÃO

14. A presente representação deve ser conhecida, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93 e no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU.

15. A representação deverá ser considerada procedente, determinando-se ao Ministério da Justiça que, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, adote, no prazo de 15 (quinze) dias, as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, promovendo a anulação do ato que inabilitou a empresa Inbraterrestre Indústria e Comércio de Materiais de Segurança Ltda. (CNPJ 12.887.936/0001-65), relativamente ao Pregão Eletrônico 28/2012, dando prosseguimento ao procedimento licitatório a partir da análise das propostas do referido licitante;

16. A medida cautelar deverá ser revogada, autorizando-se o prosseguimento do certame licitatório, depois de atendidas as medidas corretivas contidas na determinação acima, tendo em vista que o processo já pode ser julgado no mérito, nos termos do art. 276, § 6º, do Regimento Interno do TCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

17. Assim, propomos:

17.1 que a presente representação seja conhecida, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93 c/c art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, ser considerada procedente;

17.2 determinar ao Ministério da Justiça que, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, promovendo a anulação do ato que inabilitou a empresa Inbraterrestre Indústria e Comércio de Materiais de Segurança Ltda. (CNPJ 12.887.936/0001-65), relativamente ao Pregão Eletrônico 28/2012;

17.3 cancelar a medida cautelar anteriormente concedida e autorizar o prosseguimento do certame licitatório a partir da análise da proposta da empresa Inbraterrestre, depois de atendidas as medidas corretivas contidas na determinação acima;

17.4. encaminhar cópia da decisão que vier a ser proferida ao Ministério da Justiça, à empresa representante, à empresa CBC e à empresa Glágio do Brasil Ltda, estes últimos nas pessoas de seus representantes legais.”

2. O Sr. Diretor da 2ª DT e o Sr. Secretário – Substituto da Selog manifestaram-se de acordo com a proposta de encaminhamento formulada pelo Sr. Auditor.

É o Relatório.

VOTO

Representação formulada pela empresa Inbraterrestre Indústria e Comércio de Materiais de Segurança Ltda. noticiou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 28/2012, do tipo menor preço por item, promovido pelo Ministério da Justiça - MJ, que tem por objeto a *“aquisição de Equipamentos de Proteção Individual e Controle de Distúrbios Cíveis - CDC, para suprir as necessidades do Departamento da Força Nacional de Segurança Pública – DFNSP e o atendimento ao Batalhão Escola de Pronto Emprego - BEPE”*, no valor estimado originalmente de R\$ 6.682.180,00.

2. Informou a empresa ter sido classificada em primeiro lugar nesse pregão, em 15 dos 19 itens licitados (itens 01 a 12 e 14 a 16 – vide tabela contida no subitem 1.2 da instrução transcrita no Relatório supra). O Pregoeiro, porém, em seguida, decidiu inabilitá-la, sob o seguinte fundamento: *“A empresa Inbraterrestre comércio de blindados Ltda. não foi habilitada em seus itens por apresentar Atestado de Capacidade Técnica em nome de outras empresas. Apesar de serem sócias da Inbraterrestre, as pessoas jurídicas não se confundem. Há discordância com o edital, que em seu item 12.11 exige que a documentação de habilitação esteja em nome da licitante”*.

3. Tal decisão foi impugnada pela empresa inabilitada, mas mantida pela administração, que declarou vencedoras as empresas CBC (Itens 01 a 09 e 11) e a empresa Glágio Ltda. (itens 10, 12 e 14 a 16). A empresa Inbraterrestre Ltda., então, representou ao TCU contra tal ato, sob o argumento fundamental de que deteria a qualificação necessária para executar o objeto, visto ter havido a tempestiva transferência, em seu favor, da capacidade técnica operacional exigida na licitação, o que se deu por meio de reestruturação empresarial. Lembrou do Acórdão 2.444/2012-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal reconheceu a possibilidade de transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas jurídicas.

4. Por meio de despacho, ao considerar presentes os requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, determinei, naquela ocasião, em caráter cautelar, a suspensão do certame até decisão do Tribunal sobre a matéria, medida essa que veio a ser endossada pelo Plenário. Solicitei, também, a realização de oitivas do Ministério da Justiça e das já citadas Companhia Brasileira de Cartuchos – CBC e Glágio do Brasil Ltda. para que se pronunciassem sobre o objeto da representação. A unidade técnica, após apreciar os elementos trazidos aos autos pelo órgão e pelas interessadas, propõe a anulação do ato que inabilitou a empresa Inbraterrestre Ltda. e a expedição de autorização para que se dê seguimento do certame.

5. Passo, pois, a examinar os esclarecimentos trazidos aos autos pelas interessadas e pelo Ministério da Justiça. Desde já, porém, registro minha anuência aos precisos fundamentos deduzidos na instrução do Auditor da Selog transcrita no Relatório supra, que foi endossada pelo Sr. Diretor e pelo Sr. Secretário, e também a suas conclusões e proposta de encaminhamento, razão pela qual incorporo ao presente Voto a análise contida no item 13 de tal instrução. Passo, a despeito disso, a sintetizar os argumentos mais relevantes invocados pela unidade técnica, além de tecer considerações adicionais que me parecem pertinentes e que respaldam a solução já enunciada.

6. Observe, de início, que o item 12.11 do edital impôs às licitantes a obrigatoriedade de que toda a documentação de habilitação estivesse em nome da licitante:

“12.11 - Sob pena de inabilitação, os documentos encaminhados para habilitação deverão estar em nome do licitante, e, preferencialmente, com número da licitação, CNPJ e o respectivo endereço. No entanto, poderá ser um erro sanável por este Pregoeiro caso não conste nos documentos as informações relativas aos dados solicitados preferencialmente.”

7. Parte dessa documentação, em especial os Relatórios Técnicos Experimentais – RETEX exigidos para comprovação de habilitação técnica apresentavam como titulares outras empresas: Inbra-Têxtil Indústria e Comércio de Tecidos Técnicos Ltda. e Inbradefesa Indústria e Comércio de Materiais de Segurança Ltda. A autora da representação, no entanto, demonstrou haver registrado na Junta Comercial de São Paulo, em 4/10/2012, a transferência, em seu favor, dos atestados requeridos, assim como ter efetuado a aquisição de ativos e maquinários e daquelas outras empresas - peças 2, fls. 155 a 187, 189 a 204). Tudo isso, destaco, antes do início da sessão pública do pregão, que ocorreu 4/12/2012.

8. A empresa Inbraterrestre Ltda., por meio da apresentação de balanço atualizado, relação de ativos fixos e notas fiscais, entre os quais Relatório Técnico Experimental (RETEX) emitido pelo Exército Brasileiro, também comprovou a efetiva transferência de tecnologia que confere a ela capacitação para fabricar os itens apontados nos atestados. Vale destacar que não se operou mera transferência da propriedade dos atestados técnicos, como argumentaram as empresas Glágio Ltda. e CBC. Houve também “*transferência de materiais e equipamentos das empresas Inbra-têxtil e Inbradefesa para a empresa Inbraterrestre*”. Além disso, a licitante detém pessoal qualificado para confecção dos equipamentos licitados, conforme demonstro em seguida.

9. Anote-se, em primeiro lugar, que a relação de ativos fixos adquiridos pela Inbraterrestre (fls. 194 a 198, peça 2) explicita todos os itens que teriam sido transferidos da empresa Inbradefesa Ltda para Inbraterrestre Ltda. (licitante), os quais foram valorados em R\$ 495.890,44 (fls. 198, peça 2). Entre os 86 itens transferidos, classificados como Máquinas e Equipamentos, Equipamentos de Computação, Ferramentas, Aparelhos e Equipamentos, destaco, em seguida, apenas alguns deles que, em meu juízo, contribuem para embasar a conclusão de que a Inbraterrestre Ltda. passou efetivamente a ser proprietária de acervo físico necessário à confecção dos itens para os quais ofertou proposta no pregão sob exame:

MAQUINAS E EQUIPAMENTOS

PRENSA HIDRAULICA SEMI-AUTOMATICA 10 TON.
PRENSA HID. PNULCANIZACAO FREIO-600MM
GABINETE PARA JATEAMENTO MODELO
PRENSA HIDRAULICA 340 TON.
ESTUFA HENARSUL INDUSTRIAL
PRENSA HIDRAULICA AUTOMATICA 600X600X600
PRENSA HID. P/VULCANIZACAO FREIO-750MM
ESTUFA ELETRICA MODELO SE.E
MAQUINA PESPONTADEIRA MODELO 1122-G-6
MAQUINA DE COSTURA PEGASSUS
FECHADEIRA PV 205-22AA
MAQUINA PARA CORTE DE FELTRO E TECIDO
MAQUINA COST. IND. PFAFF BRACO AGULHA
MAQ. DE COSTURA IND. PFAFF BRACO AGULHAS
MAQUINA DE CORTE DISCO PROCOPIO
MAQ. DE COSTURA IND. PFAFF BRACO AGULHAS
MAQUINA COSTURA PFAFF BRACO
SOLDADOR PNEUMATICO
MAQUINA P/ FECHAR BOCA DE SACO PORTATIL MOD. MELCO PESADA
MAQUINA DE COSTURA RETA
MAQUINA COSTURA ACES
MAQUINA DE COSTURA INDUSTRIAL PFAFF
MAQUINA DE COSTURA OVERLOCK

MAQUINA DE COSTURA SS-848 CIMOTOR E ACESSORIOS
MAQUINA DE CORTE AUTOMATICA AQUENTE
MAQUINA COSTURA IND. UNUON SPEC.FECHADEIRA
MAQUINA DE COSTURA MODELO MC MARCA: MELCO
MAQUINA DE CORTAR TECIDO WOLF
MAQUINA COSTURA INDL.RETA COMPLETA
MAQUINA COSTURA SEIKO TF-6 MOD,1 245-706

EQUIPAMENTOS DE COMPUTAÇÃO

IMPRESSORAS TERMICAS DE ETIQ.ARGOX OS214 TT
MICROCOMPUTADOR PORTATIL DEL VOSTRO 1014

FERRAMENTAS

MOLDE NYLON PARA PREMOLDAR PASTILHA DE FREIO
MOLDE EM AÇO 1040 PARA COMPACTR PASTILHA DE FREIO
LUA PARA FORNOS
MOLDE PARA INTERLIGAÇÃO DE PLACAS
MOLDE PROTOTIPO C/02 CAV. P/COMPACTAR SAPATILHA
MOLDE FERROVIARIO PARA COMPACTAR SAPATILHA
MOLDE TIPO TELHA COM 4 CAVIDADES DE TELHA P/PEÇA
MOLDE PARA PREMOLDAR SAPATILHA DE FREIO TIPO 3
MOLDE PARA COMPACTAÇÃO DE LINA RAIADA DE 23"
MACHO PARA MOLDE CPTM-AD
MOLDE DE AÇO PARA COMPACTAÇÃO DA PF -018

APARELHOS E EQUIPAMENTOS

RELOGIO DE PONTO MDREP V3 IP BARRAS BIOM1 000
TEMPL.C/ GUIL. P REP P1 NOBREAK, COM CONJUNTO DE NOBREAK EXTERNO MDREP
(...)

10. Veja-se, ainda, que foram trazidas aos autos as cópias das notas fiscais emitidas pela empresa Inbratextil Ltda. (fls. 200 e 201, peça 2) e pela Inbradefesa Ltda. (fls. 203 e 204, peça 2), pela Inbraterrestre Ltda. as cópias das notas fiscais emitidas que atestariam a efetiva alienação por essas empresas do maquinário especificado na citada Relação de Ativos Fixos. Tais notas fiscais estão datadas de 14/11/2012. São, portanto, anteriores ao início da sessão pública do pregão (4/12/2013).

11. Acrescente-se a isso o fato de que o Laudo expedido pelo Exército Brasileiro autorizando o funcionamento da Inbraterrestre Ltda. deu-se após realização de vistoria prévia (relatório constante da peça 2, fls. 206-210), reconheceu a efetiva qualificação técnica da empresa que recebeu os referidos atestado para confeccionar os equipamentos de proteção como os que são objeto do pregão sob exame. Vejam-se, especificamente, as seguintes anotações contidas nesse Relatório:

“3. VERIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES TÉCNICAS E DE SEGURANÇA

a. operação com produtos controlados

1. Há responsável técnico: SIM

2. O fabricante possui o certificado de ART expedido pelo respectivo conselho regional? SIM (Nº da ART 92221220120732622)

(...)

4. OBSERVAÇÕES GERAIS

“A empresa utilizará instalações que pertenciam à Inbratextil. A empresa possui condições técnicas e de segurança para trabalhar com produtos controlados baleados em aramida e vidros balísticos. A empresa possui equipamentos e **pessoal qualificado** para trabalhar com coletes à prova de balas, blindagem opaca transparente e capacetes balísticos”.

5. CORREÇÃO DE DEFICIÊNCIAS

Nada a corrigir.

6. PARECER

A empresa vistoriada atende a todos os itens verificados quanto às condições técnicas e de segurança. Nada a corrigir” – grifos deste Relator.

12. Convém, neste momento, ressaltar que a transferência de capacidade operacional, como as ocorridas no caso sob exame, não afrontam a legislação vigente e são habitualmente realizadas no meio empresarial, especialmente entre empresas fortemente vinculadas, que apresentam sócios comuns. Além disso, consoante mencionado pela autora da representação o Tribunal, por meio do Acórdão nº 2.444/2013 – TCU – Plenário, já se manifestou, em caso similar ao ora examinado, no sentido de que tais transferências são possíveis, especialmente quando se a transferência tecnologia à empresa destinatária dos atestados. Veja-se, ainda, nos termos de trecho do Voto condutor de tal deliberação, que:

“... o Tribunal não tem fundamentação jurídica para avaliar a legalidade e legitimidade de eventuais reestruturações de empresas que licitam ou contratam com União. Entendo, ademais, que o Tribunal, ao contrário, deve continuar no processo de evolução da sua jurisprudência, como já o fez mediante as deliberações mencionadas no item 20 anterior, de modo a acompanhar a dinâmica das modificações societárias que afetam o mundo empresarial globalizado, que impõe a necessidade de alterações na organização da sociedade para a sua própria sobrevivência, como bem disse o eminente Ministro emérito deste Tribunal Marcos Vilaça, ao proferir o Voto condutor do Acórdão 2071/2006 - TCU - Plenário.”

13. A transferência de qualificação técnica pode se dar quando ocorre transferência parcial de patrimônio e profissionais (Acórdão 1.108/2003, 2.071/2006, 634/2007, 2.603/2007 e 2.641/2010, todos do Plenário), conforme destacado naquele Voto e, ao que indicam os elementos de convicção acima mencionados, teria ocorrido no caso sob exame. Além disso, a transferência dos atestados de capacitação técnica, junto ao Exército Brasileiro, diferentemente do que alegaram CBC e Glágio Ltda., retirou das empresas que os transferiram (Inbratextil e Inbradefesa) os respectivos títulos de registro, o que as impediria, por decorrência lógica, de participar de licitações como a que hora se examina. Tais transferências, por isso, impuseram limitações a essas empresas.

14. Quanto às alegações de eventual fraude tributária, cumpre ressaltar que a necessidade de comprovação da regularidade fiscal, consoante se depreende do art. 4º da Lei nº 10.520 e 29 da Lei nº 8.666/1993, deve ser efetuada pela licitante com melhor proposta. Importa, a esse respeito, destacar que a empresa Inbraterrestre Ltda., ao que consta, cumpriu os requisitos impostos para demonstrar sua habilitação fiscal. Não há, devo lembrar, norma que imponha a empresas que cederam acervos técnicos a obrigação de comprovar o cumprimento de tal requisito. Compete, isto sim, às Fazendas Estaduais e Municipais e à Receita Federal a apuração de supostas violações à legislação tributária.

15. Ressalvo, a esse respeito, que não pode o Tribunal fechar os olhos para situações em que se opera manobra com a evidente e exclusiva intenção de burlar a legislação tributária vigente. No caso sob exame, porém, a licitante não foi constituída na véspera da licitação, mas em 2010. Além disso, as certidões trazidas aos autos com o intuito de comprovar a aparente falta de regularidade fiscal das empresas que transferiram os referidos atestados não denotam, em avaliação inicial, situação fiscal caótica dessas empresas, que sugerissem a intenção apenas de criação de empresa capaz de participar de licitações às custas da formação de “empresas podres”:

Inbradefesa Ltda.

“Receita Validade: 18/09/2012 ()*

FGTS Validade: 21/12/2012.

INSS Validade: 18/05/2013

(...)

Receita Estadual/Distrital Validade: 22/12/2012

Receita Municipal Validade: 06/02/2013”

Inbratextil Ltda.

“Receita Validade: 28/03/2012 ()*

FGTS Validade: 12/12/2012

INSS Validade: 13/05/2013

(...)

Receita Estadual/Distrital Validade: 03/06/2013

Receita Municipal – Validade: 11/02/2013”

16. Observe-se, a propósito, que tais empresas detinham certidões que atestariam regularidade fiscal perante os fiscos estadual, municipal, INSS e FGTS e “vencidas” apenas em relação à Receita Federal. A despeito de tal falta de conformidade com as obrigações perante a Receita Federal de tais empresas, não considero que os elementos contidos nos autos permitam conclusão no sentido de que as alterações societárias e as transferências de maquinários e equipamentos deram-se com o único propósito de contornar exigência legal. Em especial porque não revelam, à primeira vista, situação fiscal caótica daquelas empresas. Ademais, não cabe ao TCU, mas sim à Receita Federal, verificação específica e mais profunda a respeito de ilícitos fiscais.

17. Anoto, ainda, quanto aos limites adequados de atuação do TCU, que “... a tarefa desta Corte de Contas em relação à matéria consistirá em exigir sempre que os órgãos e entidades públicas exerçam as prerrogativas de que dispõem, de modo a prevalecer o interesse público nas relações com tais organismos empresariais, independentemente da sua forma de organização”. Nesse diapasão, registro que a proposta da empresa Inbraterrestre Ltda. afigura-se a mais vantajosa para a administração, especialmente por revelar-se adequada, sob o prisma da qualidade, e por ser a de menor preço para os itens 01 a 12 e 14 a 16 da tabela transcrita no Relatório, uma vez os valores das propostas das licitantes CBC e Glágio Ltda., se vencedoras para tais itens, implicariam despesa adicional da ordem de R\$ 113.814,00.

18. Por todos esses motivos entendo que a documentação trazida aos autos pela autora da representação é capaz de demonstrar a ilicitude do ato que a inabilitou no referido certame. Impõe-se, pois, a expedição de determinação ao Ministério da Justiça para que adote medidas tendentes à anulação do referido ato de inabilitação da empresa Inbraterrestre Ltda. Cumpre, também, cancelar a

medida cautelar que suspendeu o certame, a fim de autorizar seu seguimento, a partir de tal ato, com observância do balizamento ora definido pelo Tribunal.

Ante o exposto, Voto no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de maio de 2013.

JOSÉ JORGE
Relator

ACÓRDÃO Nº 1233/2013 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 006.360/2013-0.
2. Grupo I – Classe VII – Assunto: Representação.
3. Interessada: Inbraterrestre Indústria e Comércio de Materiais de Segurança Ltda.
4. Órgão: Ministério da Justiça - MJ.
5. Relator: Ministro José Jorge.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Advogado constituído nos autos: Adilson de Lizio - OAB/DF 11.500, Moacyr Amâncio de Souza - OAB/DF 17.969, Ana Karla de Oliveira Nogueira - OAB/DF 36.022 e outros; João Bosco Leopoldino da Fonseca - OAB/MG 10.907, Maurício Leopoldino da Fonseca - OAB/MG 55.454 e outros; Orion Savio Santos de Oliveira - OAB/DF 36.445-A, Ricardo Ribas da Costa Berloffá - OAB/SP 185.064 e Caroline de Oliveira Pampado Casquel Berloffá – OAB/SP 202.166.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela empresa Inbraterrestre Indústria e Comércio de Materiais de Segurança Ltda. contra possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 28/2012, promovido pelo Ministério da Justiça - MJ, que tem por objeto a *“aquisição de Equipamentos de Proteção Individual e Controle de Distúrbios Cíveis - CDC, para suprir as necessidades do Departamento da Força Nacional de Segurança Pública – DFNSP e o atendimento ao Batalhão Escola de Pronto Emprego - BEPE”*;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com suporte nos comandos contidos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c o art. 237 do Regimento Interno/TCU, conhecer a presente representação e, quanto ao mérito, julgá-la procedente;

9.2. determinar ao Ministério da Justiça, com base nos comandos contidos no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, que, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da notificação, adote as providências com o intuito de promover a anulação do ato que inabilitou a empresa Inbraterrestre Indústria e Comércio de Materiais de Segurança Ltda., no âmbito do Pregão Eletrônico 28/2012;

9.3. revogar a medida cautelar anteriormente concedida e autorizar o prosseguimento do certame licitatório a partir da análise da proposta da empresa Inbraterrestre Ltda., após cumprimento da medida explicitada na determinação contida no subitem 9.2 deste Acórdão;

9.4. dar ciência desta deliberação ao Ministério da Justiça, à autora da representação, às empresas *Companhia Brasileira de Cartuchos – CBC e Glágio do Brasil Ltda.*

10. Ata nº 17/2013 – Plenário.

11. Data da Sessão: 22/5/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1233-17/13-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (na Presidência), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, José Jorge (Relator), José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ JORGE
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício