

**ORIENTAÇÃO N.º 143/2023****LICITAÇÃO: CONTORNOS ENVOLVENDO RESTRIÇÕES AOS  
PRODUTOS DE ORIGEM ESTRANGEIRA****Orientação**

A Administração Pública deve observar a sua obrigatoriedade de licitar. Todo e qualquer contrato firmado com o Poder Público deve ser antecedido de um processo licitatório, pois, o administrador não pode eleger com plena discricionariedade quem será contratado, afastando arbitrariedades.

Esse entendimento é constitucional e está estampado no **inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal**, como se vê:

**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

**XXI** - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, **compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[Destacamos]

Nesse sentido, **Matheus Carvalho**<sup>1</sup> ensina que “*não se admite que a Administração Pública exija requisitos para a participação no certame que não estejam previamente estipulados em lei e sejam indispensáveis à sua realização*”. Assim sendo, somente serão admitidas as exigências necessárias à realização da licitação pública, sendo vedados quaisquer requisitos que possam direcionar o certame para determinado licitante ou marca, salvo se moldes de referência de qualidade ou de conceito.

Dito isto, sabe-se que alguns princípios<sup>2</sup> são essenciais para que o certame ocorra dentro da legalidade. Dentre eles, de interesse para a presente Orientação Preventiva, estão os

<sup>1</sup> CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo – 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVUM, 2019.

<sup>2</sup> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da



**princípios da isonomia e da competitividade.** O primeiro assegura que a lei seja aplicada de forma igualitária entre todos, levando em consideração inclusive as suas desigualdades para aplicação das normas jurídicas. O segundo, por sua vez, busca a proposta mais vantajosa para a Administração, diante de todas as empresas que estiverem aptas a competir, sem que haja restrições. Nesse sentido, todas as empresas interessadas poderão participar do certame licitatório, inclusive, as empresas estrangeiras que atendam aos critérios do edital.

Pode-se observar que, em respeito a tais princípios, é vedado tratamento diferenciado para os participantes do certame, havendo, inclusive, previsão legal nesse sentido, conforme mostra o **inciso II, do § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93**, a seguir transcrito:

**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 nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. [...]

Pontua-se que a mesma ideia é trazida na **Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021**, nos termos do **inciso II do artigo 9º**:

**Art. 9º. É vedado ao agente público** designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

[...]

**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 pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;

[...]

Neste cenário, um ponto que chama atenção é **restrição que alguns editais estabelecem quanto a aceitação, apenas, de produtos de origem nacional.**

---

moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.



A aceitação unicamente de produtos nacionais restringe a competitividade acaba ferindo princípio já estabelecido, assim como a regra fundada no supracitado inciso II, do § 1º, do artigo 3º da Lei 8.666/93 ou inciso II do artigo 9º da Lei nº 14.133/2021.

A respeito do tema, o **Tribunal de Contas da União** já demonstrou entendimento nos autos do **Acórdão nº 7.514/2022 - 1ª Câmara**:

**“[...] 9.3.1. a exigência contida na descrição dos itens 1 a 74 do termo de referência do edital, de que os pneus e câmaras de ar sejam de fabricação nacional não possui previsão legal, afronta o previsto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do Acórdão 1.317/2013-TCU-Plenário; [...]” [Destacamos]**

Da mesma forma, pontuou o **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** ao examinar a representação formulada em face do edital do Pregão Presencial nº 55/2016, instaurado pela Prefeitura Municipal de Pontal, nos autos do **TC-2812.989.14-3**, indicando que tal prática é condenada pela Corte Paulista:

**“[...] No mérito, conforme antecipado por ocasião da ordem liminar de suspensão do certame, a jurisprudência desta Corte tem condenado a exigência de produtos provenientes de fabricação nacional\*, nos termos da Deliberação TCA11611/026/10, razão pela qual considero procedentes as críticas dirigidas ao item 42 do Anexo I do Edital (“cola bastão para papel com 10 gramas, nacional”).**

\*Estão em análise a exigência de que os produtos sejam de fabricação nacional e a subscrição do Edital pelo Pregoeiro. Assim como o Ministério Público de Contas, entendo que a Representação é procedente. Como sustentei por ocasião do exame preliminar da matéria, **a exigência de que os produtos sejam de fabricação nacional afronta a Deliberação TCA-11611/026/10, publicada em 11/06/2010. Por essa razão, regras da espécie vêm sendo reiteradamente reprovadas por este Tribunal**, a teor dos julgamentos proferidos nos processos 1788.989.13-5 e 2256.989.13-8, em Sessões Plenárias de 21/08/2013 e 25/09/2013, ambos sob minha relatoria, entre outros. (TC-2812.989.14-3 – Tribunal Pleno, sessão de 16/07/2014 - Conselheira Cristiana de Castro Moraes).

Nos autos do **TC-20811.989.19-3** o TCE/SP reforçou entendimento:

**RECURSO ORDINÁRIO. FORNECIMENTO, INSTALAÇÃO E MONTAGEM DE EQUIPAMENTOS PARA CAPTAÇÃO DE**



**ÁGUA SUBTERRÂNEA PROFUNDA. DECLARAÇÃO DE QUE O OBJETO OFERTADO É DE FABRICAÇÃO NACIONAL. EXIGÊNCIA HABILITATÓRIA NÃO FUNDAMENTADA. CONTRARIEDADE À SÚMULA nº 36 DESTE TRIBUNAL. NÃO PROVIDO.**

1- As **disposições editalícias** que eventualmente **mitiguem o caráter isonômico** do certame e possam ter reflexos em sua competitividade são exceções que devem ser devidamente justificadas.

2- **Não comprovada no caso concreto a existência de estudos técnicos prévios** que tenham embasado a decisão da Autarquia de exigir das licitantes a oferta de produtos de fabricação nacional.

3- **Os motivos subjacentes à preferência por produtos nacionais e, conseqüentemente, para a seleção de empresas fornecedoras, relacionados, segundo a Origem, ao transporte e entrega dos equipamentos, manutenção preventiva e corretiva, suprimento de componentes, disponibilidade de mão de obra e possibilidade de avaliação técnica especializada “in loco”, não foram explicitados no Edital, tampouco demonstrado que chegaram a constar da fase interna do processo licitatório.**

4- **Não comprovado que empresas fornecedoras de produtos importados seriam incapazes de atender as necessidades da Autarquia** relacionadas à “logística de manutenção” dos equipamentos. [Destacamos]

Entende-se então, que a regra é pela **não mitigação da competitividade**, logo, a princípio, não seria legal a exigência ou direcionamento a produtos exclusivamente de origem nacional.

### **Exceções à regra**

Acontece que, a regra de aceitabilidade de produtos estrangeiros não é absoluta, é diretriz geral que pode sofrer mitigações desde que exista adequada fundamentação envolvendo essa restrição. A partir da oportunidade e da conveniência da Administração Pública, aliadas as especificidades de cada necessidade, cada objeto, é possível formalizar **justificativas prévias** que estabeleçam em edital a necessidade de os produtos serem de fabricação nacional.

Necessário destacar o entendimento do **TCE/SP**, envolvendo atos licitatórios que limitam a competitividade do certame, como ocorre no direcionamento aos produtos de origem nacional, reforçando a obrigatoriedade de que as justificativas constem **desde a fase**



**interna do processo licitatório**, permitindo o conhecimento imediato por parte das empresas fornecedoras e reiterando que esse direcionamento é parte do planejamento da contratação [estrutural ao objeto], e não cláusula qualquer, injustificada:

**“[...] Assinale-se que os Memorandos subscritos pelo Diretor do Departamento de Engenharia da SAEV AMBIENTAL, apresentados no processo em exame (MEMO/470/2019, de 14/08/19, de - evento 1.3) e no originário (MEMO/39/2017, de 24/03/17 - evento 35.2 do TC-17283.989.16-8), os quais, segundo a Autarquia, fundamentariam a opção pelos produtos de fabricação nacional, são posteriores à licitação em comento.**

Esses Memorandos sustentam, em suma, que o sistema logístico relacionado aos equipamentos seria relevante para o sucesso da contratação, destacando a necessidade de se garantir a eficácia das ações relacionadas a transporte e entrega dos equipamentos, manutenção preventiva e corretiva, suprimento de componentes, disponibilidade de mão de obra e possibilidade de avaliação técnica especializada “in loco”.

**Ocorre que esses motivos subjacentes à preferência por produtos de fabricação nacional e, conseqüentemente, para a seleção de empresas fornecedoras, não foram explicitados no Edital, tampouco existindo comprovação, como antes apontado, de que teriam constado da fase interna do processo licitatório.**

**No mais, as alegações e documentos apresentados nos autos não se mostraram suficientes para comprovar que empresas fornecedoras de produtos importados seriam incapazes de atender as necessidades da Autarquia relacionadas à “logística de manutenção” dos equipamentos.** O fato de o produto ofertado pela empresa Uniper Hidrogeologia e Perfurações Eireli, autora da Representação contida no TC-18671.989.16-8, não apresentar as características técnicas delineadas no instrumento convocatório não confere regularidade à disposição editalícia controvertida. [...]”

Portanto, somente será admissível a indicação de que os produtos sejam de fabricação nacional se possível justificar essa restrição.

Reforçando, a **Súmula nº 36 do TCE/SP**, põe essa possível ressalva à conta de obrigação legal:

Em procedimento licitatório, não se admite vedação a bens de fabricação estrangeira, salvo se decorrente de disposição legal.



## **Conclusão**

Pelos termos expostos, é possível concluir que por se tratar de ação mitigadora da isonomia e da competitividade dos certames, sempre que houver direcionamento a produtos nacionais ou restrições aos produtos estrangeiros, essa necessidade deverá ser **suficientemente justificada na fase preparatória da licitação**. Do contrário, configura-se verdadeira cláusula ilegal, que não deve ser mantida no processo licitatório.

Adamantina/SP, 24 de fevereiro de 2023.

**Ana Júlia Pereira**

Consultora Responsável pela Elaboração

**Victor Fernandes Motta**

Consultor Responsável pela Elaboração

**José Carlos Pacheco de Almeida**

Diretor Jurídico Responsável pela Revisão e Aprovação

