

ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Fabricantes de Luminárias podem responder criminalmente por adulteração de Componentes Certificados.

Por Alfredo Gioielli e Oswaldo Sanchez Junior

A Portaria nº 20/2017, do INMETRO, publicada em 17 de fevereiro de 2017, que passou a ser compulsória desde 17/08/2019, determinou que as luminárias para a iluminação pública viária fabricadas, importadas, distribuídas ou comercializadas em território nacional, devem ser submetidas, compulsoriamente, à avaliação da conformidade, por meio do mecanismo de certificação, sendo revogada e substituída pela Portaria nº 62, de 17 de fevereiro de 2022, pelo mesmo órgão, que aprovou o regulamento técnico da qualidade e os requisitos de avaliação da conformidade para luminárias para iluminação pública viária, assim como o conceito de família de luminárias com tecnologia LED (item 4.1) e com lâmpadas de descarga (item 4.2).

Com efeito, foi fixado na referida regulamentação que após a certificação, as luminárias para a iluminação pública viária, devem ser registradas no INMETRO, levando em consideração as condições previstas na Portaria INMETRO nº 258, de 6 de agosto de 2020, que confere a validade do certificado até dois anos a partir da emissão da declaração de selagem, bem como que a perda da validade do certificado ocorre nos casos em que sejam realizadas modificações que possam influenciar as características metrológicas do instrumento (art.15).

Assim, a obtenção do registro é condicionante para a autorização do uso do Selo de Identificação da conformidade nos produtos certificados e para sua disponibilização no mercado nacional, passando o fabricante, importador ou a ele equiparado, obrigado a comercializar somente seus produtos com todos os componentes que foram efetivamente analisados pela certificadora e registrados no INMETRO, não sendo possível realizar qualquer alteração qualitativa ou quantitativa sem que seja submetido novamente ao crivo do Organismo de Certificação do Produto (OCP), bem como a ocorrência de um novo registro, nos termos da SOLUÇÃO DE CONSULTA INMETRO nº 7416, de 03/12/2021.

Importante destacar que conforme previsão na Portaria nº 62/2022, a avaliação de manutenção do registro passa pela auditoria inicial do sistema de gestão da qualidade e avaliação do processo produtivo seguindo as condições descritas no RGCP – Requisitos Gerais de Certificação do Produto, atendendo sempre ao plano de ensaios de manutenção que devem ser concluídos uma vez a cada período de 12 (doze) meses, contados a partir da data de emissão do Certificado de Conformidade. Além disso, os ensaios de manutenção devem ser realizados sempre que houver fatos que recomendem a sua realização antes deste período, como eventuais denúncias de irregularidades identificadas nas luminárias, quer seja pelo poder público ou pelo particular, em razão da adulteração de componentes com evidente divergência dos que foram avaliados e certificados inicialmente para efeitos de concessão do registro.

Nesse sentido, a Portaria do INMETRO nº 200, de 29 de abril de 2021, que consolidou e aprovou os Requisitos Gerais de Certificação de Produtos, estabelece no item 6.3.2., o plano de ensaios de manutenção da certificação, onde fixou que o OCP deve exigir que nos novos relatórios de ensaios, os laboratórios informem as incertezas de medição praticadas. Por sua vez, o item 6.4, da mesma portaria, no tópico que trata da avaliação da recertificação, determina que a coleta para realização dos ensaios deve ser realizada pelo OCP em amostras que tenham sido fabricadas entre a data da última manutenção e a data da recertificação, em que pese a aplicação do conceito de família de produtos também.

Conforme se verifica, não é dado margem ao fabricante para preparar uma nova amostra em sua linha de produção com componentes de alta qualidade visando a realização dos novos ensaios para recertificação, vez que o OCP deve exigir as luminárias que foram fabricadas entre a data do último registro até a nova reavaliação, podendo inclusive solicitar que essas luminárias sejam coletadas no consumidor final, desde que os equipamentos estejam em seu estoque, ou comprovadamente que algum representante do OCP coletou diretamente a luminária na linha de produção do fabricante, impedindo a famosa prática adotada por algumas empresas de montagem das luminárias consideradas “golden sample” (amostra dourada ou amostra ouro), que são aquelas produzidas para atender somente os critérios da Portaria nº 62/2022 do INMETRO no momento da avaliação inicial e reavaliação periódica, sendo distintas daquelas que posteriormente são fornecidas, com os componentes eventualmente adulterados após o processo de aprovação para efeitos de comercialização no mercado nacional, jogando o preço de forma desleal para conseguir vender o produto.

A supremacia do interesse público se sobrepõe ao particular, razão pela qual, esse procedimento é obrigatório, inclusive gerando responsabilidade civil e criminal contra o OCP, caso não seja observado, vez que conforme decisão nos autos processo nº 2212533-70.2023.8.26.0000 emitida pelo Desembargador JOEL BIRELLO MANDELLI, da 6ª (sexta) Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, **“A troca de luminárias é serviço público essencial a comunidade, inclusive inerente a segurança pública. Destarte, a possibilidade de paralisação do fornecimento dos serviços públicos essenciais é um risco cuja prevenção se sobrepõe à pretensão da agravante, em decorrência da supremacia do interesse público sobre o privado.”**

Praticando a concorrência desleal, e com fortes indícios de cometimento de crimes, como, a falsidade ideológica, entre outros previstos no Código Penal, e na Lei de Licitações, há casos em que empresas participam de licitações declarando que atendem todos os requisitos de especificações do instrumento convocatório ou oferecem os produtos às empresas concessionárias de gestão dos parques de iluminação das cidades sob uma premissa que as luminárias atendem os requisitos da Portaria nº 62/2022 do INMETRO.

Dessa forma, após obterem o registro no INMETRO, com base em amostras preparadas para aprovação, passam a fornecer ao mercado luminárias com adulteração dos componentes, ou sejam, componentes diferentes daqueles previstos no projeto do produto, o que pode levar a falhas de funcionamento ou alteração do desempenho geral do produto, níveis de eficiência energética divergentes das amostras certificadas, com comprometimento da vida útil do equipamento, da qualidade do serviço de iluminação ou da segurança intrínseca do produto, o que levaria ao contato acidental pelo usuário ou instalador com as partes vivas do equipamento ou da sua estrutura de instalação. Com isso, não atendendo os requisitos mínimos de qualidade, eficiência e segurança, pode-se expor o cidadão usuário ou os instaladores a riscos, lesando os cofres públicos por aquisição de luminárias com componentes adulterados de baixa qualidade que descumprem a portaria do INMETRO (e por consequência, a execução contratual), devido à má qualidade do serviço público.

Entre as irregularidades e/ou ilegalidades praticadas contra os consumidores, destacamos algumas que se revelam gravíssimas a saber: declaração de grau de proteção diferente do ensaiado por laboratório; modificação do driver com limitação da variação de corrente, divergente ao modelo submetido a certificação; declaração de potência total consumida na tensão nominal inferior ao valor real consumido pela luminária e/ou fluxo luminoso total emitido em valores superiores ao medidos em laboratórios e divergentes aos previstos pela norma, objetivando com isso um aumento na eficácia luminosa em lm/W, e visando ostentar em seus catálogos alto grau de eficiência de forma fraudulenta e simulada, violando a Portaria nº 62/2022 do INMETRO, e colocando a administração pública adquirente ou consumidora do produto em risco econômico, pois as distribuidoras de energia podem cobrar valores retroativos até 36 ciclos, nos termos do § 2º, do inciso II do art. 324, da Resolução nº 1.000/2021 da ANEEL, por força da declaração de consumo falsa em valor menor, em que pese o fato de que a tarifa pode ser cobrada por avença (acordo sobre os parâmetros a serem considerados por ponto) e não por medição.

Outro ponto de observação após a obtenção do registro no INMETRO, é a comercialização dessas luminárias que são adquiridas pelo poder público municipal via licitações, ou por consumidores privados para aplicação nos contratos de gestão do parque de iluminação. Trata-se da constatação da redução dolosa e planejada da quantidade de leds que compõem a parte difusora de luz nas luminárias (corpo ótico), o que demonstra, no caso de uma redução do desempenho do produto, a intenção do fabricante e/ou importador/distribuidor de lesar o consumidor final com o fornecimento de material de baixa qualidade ou diferente do projeto do produto.

Além disso, é razoável esperar que ao longo da duração do contrato da PPP, que pode ser da ordem de 20 anos, alguns produtos necessitem de reposição/substituição e neste caso é preciso garantir que estes sejam substituídos por produtos idênticos ou com a mesma qualidade e desempenho daquele certificado. Nestes contratos, um instrumento adequado deve ser previsto para prevenir práticas danosas na substituição. Esta prática pode levar à alteração do projeto de iluminação da via, com redução do nível de iluminação ou mesmo da distribuição e uniformidade da iluminação neste plano contribuindo com a poluição luminosa e alto nível de ofuscamento. Isto ocorre quando os resultados do fluxo luminoso e sua distribuição nas luminárias, exigidos nos editais de licitações, são distintos daqueles que foram obtidos quando da respectiva certificação do produto junto ao organismo de certificação e registrada no INMETRO.

Necessário destacar que a materialidade dos crimes praticados narrados anteriormente ainda é maior, quando se avalia as questões de cobertura de garantia do produto negada pelo fornecedor/fabricante da luminária por ocasião da queima do equipamento por oscilação da rede de distribuição de energia em picos de sobretensão (**quando a tensão disponibilizada na rede elétrica é superior a qual ela foi projetada**) ou uma subtensão (**quando a tensão disponibilizada na rede é inferior a qual ela foi projetada**), e se descobre que o fabricante ao fornecer a luminária retirou o dispositivo que previne este tipo de comportamento da rede. Neste caso, o DPS - dispositivo de proteção contra surtos, fixado pela **IEC 61000-4-5** e pela **IEEE C.62.41-2002**, normas técnicas em vigência internacionalmente, com requisitos técnicos relacionado a imunidade contra surtos para luminárias LED visa garantir a integralidade das luminárias instaladas em campo e sujeita às intempéries, e com essas adulterações conseguem apresentar propostas com deságios que chegam em alguns casos a mais de 60% (sessenta por cento) do valor estimado nas licitações com o poder público, entregando luminárias divergentes dos modelos certificados e registrados no INMETRO em prejuízo a toda sociedade.

A respeito do tema e com objetivo de corroborar os argumentos trazidos, importante destacar que a Prefeitura Municipal de Castro – PR, deflagrou processo público licitatório na modalidade Pregão Eletrônico nº 62/2023 – Registro de Preços para futura e eventual aquisição de luminárias públicas em led e acessórios, devidamente instaladas, por meio da Secretaria Municipal de Infraestrutura e Meio Ambiente. A Municipalidade, por não possuir pessoas capacitadas para verificar as condições técnicas do produto, contratou uma empresa de engenharia especializada que encaminhou as amostras do fabricante das luminárias – cumprindo a exigência do edital - a um dos laboratórios acreditados pelo INMETRO e de grande fé pública (o LABELO – Laboratórios Especializados em Eletroeletrônica, Calibração e Ensaios e vinculado a PUC-RS), que após análise e avaliação do parecer da empresa independente concluiu que: i) as amostras não são idênticas aos produtos enviados pelo fornecedor para ensaio quando da homologação junto ao INMETRO; ii) o produto ofertado pelo referido fabricante não atende as exigências editalícias (em especial no que tange o atendimento a portaria 62/2022 do INMETRO; iii) no Brasil é PROIBIDA a comercialização de luminárias LED para fins de iluminação pública que não atendam a portaria 62/2022 do INMETRO, entendendo assim do ponto de vista técnico que a fabricante de luminárias fosse desclassificada. A fabricante ainda ofereceu recurso administrativo com apresentação de novas amostras resultando no parecer conclusivo e terminativo da manutenção da desclassificação pelas seguintes razões: **“Por fim entendo que: Tanto as amostras apresentadas para a primeira análise quanto para segunda análise não são certificadas pelo INMETRO pois tiveram suas características alteradas em relação as originalmente certificadas.”**

Vale lembrar, que o fabricante e/ou importador do produto ao obter a certificação e registro perante o INMETRO, e promover adulterações dos componentes certificados, responde civil e criminalmente caso seja comprovada as divergências, em especial se os valores medidos em ensaios para verificação da potência total e da corrente de alimentação do circuito, na tensão nominal, com os procedimentos prescritos pela portaria pertinente, não sejam iguais ou inferiores aos valores nominais declarados nos catálogos ou em documentos, ou seja, valores de referência para a realização dos ensaios para certificação e registro do produto, sendo os mesmos produtos e/ou família de luminárias que foram certificados e registrados pelo INMETRO, nos termos da Portaria nº 62/2022, que alterou a Portaria nº 20/2017 do INMETRO, respondendo solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade, bem como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, que estejam divergentes aos ensaios elétricos e/ou fotométricos expedidos por laboratórios oficiais acreditados pelo INMETRO.

Não obstante ao exposto, os fabricantes ou importadores de luminárias, estão sujeitos, em todo o território nacional, às ações de vigilância de mercado executadas pelo INMETRO e entidades de direito público a ele vinculadas por convênio de delegação, nesse caso o IPEM – Instituto de Pesos e Medidas, ou seja, havendo qualquer indício de irregularidade ou ilegalidade constatada por agente público responsável pela gestão, controle e fiscalização de contrato de concessão do serviço de iluminação pública ou particular que identificar adulterações de componentes dessas luminárias que inicialmente passaram pelo Organismo de Certificação do Produto (OCP), devem instaurar e/ou requerer abertura de processo administrativo próprio, sob pena de não o fazer responder pelo crime de omissão funcional, com a finalidade de apuração do incidente de falsidade documental e não cumprimento das especificações previstas na portaria, concedendo prazo para o contraditório e submetendo as luminárias para realização de ensaios em laboratório de terceira parte, devidamente acreditado pelo INMETRO garantindo com isso a imparcialidade no exame do desempenho dos equipamentos e comprovação ou não do atendimento a Portaria nº 62/2022 INMETRO.

Nesse particular, havendo confirmação de que a luminária após ensaiada não atendeu os requisitos da portaria o fornecedor do produto que participou da licitação direta ou indiretamente ou comercializou a luminária ao particular, assumiu para si, o risco que essa opção poderá causar – **lesão ao erário ou risco à segurança da população** – concorrendo de alguma forma para o evento doloso.

Não é demais lembrar que é vedado ao fornecedor de produtos e serviços colocar no mercado de consumo, qualquer produto em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, em especial a ABNT e Portaria do INMETRO, consoante previsão do inciso VIII do artigo 39 da Lei nº 8.078/90. Nesse passo, a nova lei de licitações e contratos - Lei nº 14.133/2021 -, visando evitar o canibalismo de preços, trouxe determinados dispositivos que ligam as licitações aos requisitos de conformidade de produtos e serviços, estabelecidos em normas de regulação ou normas técnicas, exigindo inclusive a comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro ou até determinar a exibição laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, nos termos do inciso I, II, III e do art. 42, da referida Lei.

Com efeito, o gestor público ou o concessionário, por força dessas práticas fraudulentas, poderão exigir dos fabricantes a qualquer tempo, ensaio de recebimento por lote, remetendo as luminárias aos laboratórios acreditados pelo INMETRO, visando obter a comprovação dos requisitos mínimos da portaria 62/2022, bem como objetivando verificar se houve adulteração dos componentes certificados e registrados no INMETRO.

Importante destacar que todo fabricante está obrigado a indicar um engenheiro responsável pelo projeto e fabricação do produto, a fim de obter o registro da empresa junto ao CREA, nos termos da Lei 5.194/66 art. 7º, 59, 60, 61 e 62 e Resoluções nº 336/89 e 417/98 do CONFEA. Assim, por força da legislação vigente, comprovada a adulteração dos componentes certificados, o engenheiro responsável pela empresa fabricante de luminárias poderá responder civil e criminalmente, bem como ser representado perante sua entidade de classe, visando responder processo disciplinar pela omissão referente as adulterações de componentes certificados e registrados no INMETRO, concorrendo o profissional culposamente com o evento danoso e lesivo ao consumidor, que é inaceitável frente a sua autonomia e independência inerente ao seu ofício.

Por outro lado, a **Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013** que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública no título - **DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA** -, define as práticas narradas até aqui como lesivas à Administração Pública, consoante a redação clara da alínea “b” do **inciso IV do artigo 5º** da legislação de regência.

Assim, para aqueles que participaram das licitações de forma direta ou indireta e apresentaram a declaração existente no edital de que atendem todos os requisitos e critérios para habilitação em conformidade com o instrumento convocatório, afirmando ainda, que os documentos de habilitação ora apresentados são completos, verdadeiros e corretos em cada detalhe e são descalificados por não atendimento, é dever de ofício do agente público, nos exatos termos do art. 40 do Código de Processo Penal, remeter os autos do procedimento administrativo ao Ministério Público, visando a instauração de investigação criminal, vez que a prestação de declaração falsa para fraudar o caráter competitivo de uma licitação está previsto no tipo penal da Lei de Licitações e Contratos, ainda caracterizando o tipo penal do crime de falsificação de documento público, capitulado no art. 297 a 304 do Código Penal.

Caberá ainda o Ministério Público quando do recebimento da notícia de fato, apurar a ocorrência de fraude em licitação, bem como violação da alínea “b” do inciso IV do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra Administração Pública, devendo a empresa ser declarada inidônea em processo próprio, pelo órgão da Administração Municipal com suspensão de participar de licitações pelo prazo de 2 (dois) anos, encaminhando-se os autos ao INMETRO para abertura de processo administrativo visando aplicação de sanções previstas na Lei nº 9.933/1999, combinado com a Portaria Inmetro nº 258/2020, inclusive com o cancelamento do registro do fabricante, sem prejuízo de eventual ajuizamento de ação civil pública pleiteando dano moral coletivo com objetivo de evitar novas práticas semelhantes (*punitive damages*) contra os consumidores que podem chegar a dez milhões de reais, vez que tal conduta praticada por determinados fabricantes ou importadores apresenta elevada reprovabilidade, portanto, deve ser repreendida em patamar capaz de desestimular idênticos ou assemelhados procedimentos, fixando-se a reparação dos danos morais coletivos em atenção ao hoje já pacificado caráter educativo punitivo do dano moral.

Autores:

Alfredo Gioielli é advogado e palestrante, especialista no segmento de iluminação pública. Atua desde 1995 para o setorial, prestando consultoria e assessoria. Autor de diversos pareceres publicados em revistas jurídicas e do segmento de iluminação pública voltado para área de licitações. Atuou também pela Associação Brasileira da Indústria de Iluminação (Abilux) e Associação Brasileira de Empresas de Serviço de Iluminação Urbana (Abrasi). Participou de importantes Congressos e seminários a saber: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (**TCE.SP**) com a Palestra “*O Plano de Transição de domínio da Gestão da Iluminação Pública e os Impactos Econômicos*”, Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (**TCE.MG**) com o tema: “*Fraudes em Licitações envolvendo Iluminação Pública*” e Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (**TCE.SE**) com a palestra intitulada: “*Iluminação das Cidades – Mitigação de risco de dano nas contratações – Modelagens e novas tecnologias*”; – Federação dos Municípios do Estado do Maranhão (**FAMEM**) Iluminação das Cidades - Dificuldades enfrentadas pelos Municípios com as Distribuidoras de Energia e Novas Tecnologias e **OAB/SP** - SEMINÁRIO ILUMINAÇÃO DAS CIDADES – Dificuldades Enfrentadas pelos Municípios com as Distribuidoras.

Oswaldo Sanchez Junior é pós-doutorando do Centro de Síntese USP Cidades Globais do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo - CSCG/USP, doutor em Ciências - Área de Energia pelo Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo - IEE/USP, mestre em Tecnologia Ambiental pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo - IPT e graduado (Bacharelado) em Física pelo Instituto de Física da Universidade de São Paulo - IFUSP. É pesquisador do Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo, tem experiência na área de Física Aplicada, com ênfase em energia (geração e usos finais). Atua principalmente na área de sustentabilidade urbana, análise do Nexus-WEF (Água-Energia-Alimentos) e políticas públicas para mitigação da pobreza energética. Realiza estudos de avaliação da ecoeficiência de materiais, produtos, instalações e serviços, com a aplicação da técnica de Avaliação do Ciclo de Vida - ACV. Faz avaliação das propriedades de materiais e instalações de iluminação e sinalização para a segurança, mobilidade e bem-estar em infraestruturas urbanas.

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal OAB. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://oab.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/5642-3ED3-EBBC-16CC> ou vá até o site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: 5642-3ED3-EBBC-16CC



Hash do Documento

CA823CC2D4695A9318A0A847B2CF05F281CEA3D677E6E65A08B27DB89C294B2F

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 03/10/2023 é(são) :

Alfredo Gioielli (Signatário) - 175.190.898-43 em 03/10/2023

23:59 UTC-03:00

Tipo: Certificado Digital

