

**AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL E ILUSTRÍSSIMO (A)
SENHOR (A) PREGOEIRO (A) E EQUIPE DE APOIO DO MUNICÍPIO DE FLOR DO
SERTÃO/SC**

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 2058/2019

PREGÃO PRESENCIAL Nº 025/2019

OBJETO: Aquisição de Escavadeira Hidráulica

MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o número 83.675.413/0001-01, com sede à BR-101, KM 210, Bairro Picadas do Sul, São José/SC, CEP 88.106-100, neste ato legalmente representada na forma de seu contrato social, como interessada no procedimento licitatório em epígrafe, amparada no disposto no art. 12 do Decreto n. 3.555/2000, na Lei n. 10.520/2002 e item 22 do Edital, oferecer

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

contra patente nulidade do instrumento convocatório por restringir de forma ilegal a participação dos interessados, porquanto consagra condições discriminatórias fundada em critérios não pertinentes e/ou relevantes para o objeto da contratação, o que faz pelos fundamentos de fato e direito que passa a articular.

I - DAS RAZÕES QUE JUSTIFICAM A IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL:

Demonstrar-se-á com a presente impugnação aos termos do edital que as condições do instrumento convocatório estão limitando injustamente o universo de competidores, porquanto consagra condições discriminatórias fundada em critérios não pertinentes e/ou não relevantes para o objeto da contratação, o que constitui restrição velada à participação dos interessados, em detrimento da legislação de regência.

Em tempo, considerando a necessidade de evitar irregularidades em editais de licitação que tenha por objeto a aquisição de maquinário, geralmente decorrentes de regras que restrinjam a participação de empresas, o Ministério Público aprovou Nota Técnica com vistas a orientar a atuação dos Ilustres Promotores de Justiça na fiscalização dos referidos editais, da qual sedimentaram entendimento de que a descrição do objeto nas licitações para compra de máquinas pesadas deve contemplar somente as características básicas do equipamento **(Doc. 01 - Normativa MP)**.

Diante das ilegalidades encontradas no texto convocatório, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada restarão comprometidas, motivo pelo qual a IMPUGNANTE investe-se contra os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação, requerendo, desde logo, seja suspensa a licitação para adequação do edital com vistas a ampliar o universo de competidores.

II - DAS CONDIÇÕES DISCRIMINATÓRIAS FUNDADA EM CRITÉRIO NÃO PERTINENTE E/OU NÃO RELEVANTES PARA O OBJETO DA CONTRATAÇÃO - DIRECIONAMENTO:

O Município de Flor do Sertão, no Estado de Santa Catarina ("IMPUGNADO"), deflagrou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma Presencial, Registro de Preço, COM JULGAMENTO UNITÁRIO POR ITEM, registrado sob o número 025/2019, tendo por objeto "AQUISIÇÃO DE ESCAVADEIRA HIDRÁULICA NOVA PARA MANUTENÇÃO DAS ATIVIDADES DO MUNICÍPIO DE FLOR DO SERTÃO, conforme Anexo I - Termo de Referência".

Para tanto, o edital prescreve que a Escavadeira Hidráulica, mormente descrito no "Anexo I - Termo de Referência" atender-se-á, dentre outros, as

seguintes especificidades (sem grifo):

ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA

ESCAVADEIRA HIDRAULICA NOVA, ANO DE FABRICAÇÃO MINIMO 2019, CABINE FECHADA COM AR CONDICIONADO COM PROTEÇÃO ROPS/FOPS, COM PESO DE NO MINIMO 13.750 KG, EQUIPADA COM MOTOR DIESEL DE 4 CILINDROS, COM POTENCIA DE NO MINIMO 97 HP, DENTRO DAS NORMAS DE EMISSÃO DE POLUENTES TIER III - MAR-1, LARGURA DA ESTEIRA DE NO MINIMO 600mm, COM NO MINIMO 01 ROLETE SUPERIOR COM NO MINIMO 07 ROLETES INFERIORES DE CADA LADO, COM NO MINIMO 45 SAPATAS DE CADA LADO, LANÇA DA ESCAVADEIRA COM COMPRIMENTO DE NO MINIMO 4.550mm E BRAÇO COM COMPRIMENTO DE NO MINIMO 2.450mm, CAPACIDADE DA CAÇAMBA DE NO MINIMO 0,60m³, PROFUNDIDADE DE ESCAVAÇÃO DE NO MINIMO 5.420mm, COMPRIMENTO DAS ESTEIRAS DE NO MINIMO 3.730mm, FORÇA DE DESAGREGAÇÃO NA CAÇAMBA DE NO MINIMO DE 90kN, COM FAROIS FRONTAIS PARA TRABALHOS NOTURNOS, TANQUE DE COMBUSTIVEIS COM NO MINIMO 245 LITROS, VÃO LIVRE DO SOLO DE NO MINIMO 430mm. LINHA HIDRAULICA AUXILIAR INSTALADO NO BRAÇO DA ESCAVADEIRA PARA UTILIZAÇÃO DE ACESSORIO, EQUIPADA COM ROMPEDOR HIDRAULICO COM NO MINIMO 765 kg, COM TAXA DE IMPACTO ENTRE 350-750 BPM, COM PONTEIRA COM NO MINIMO 100mm DE DIAMETRO, COM FLUXO DE OLEO ENTRE 80 - 110 L/min, DA MESMA MARCA DA ESCAVADEIRA HIDRAULICA
VALOR TOTAL MÁXIMO DE R\$ 480.000,00

Importa consignar, conforme pode se perceber do catálogo anexo, a Impugnante tem em sua gama de produtos, Bem de mesma categoria, que muito se assemelha às características do objeto licitado, qual seja, Escavadeira Hidráulica marca XCMG modelo XE150BR, que difere do bem licitado apenas nas características abaixo listada:

Características do Bem Licitado	Característica do Bem ofertado pela Impugnante
- (...) Comprimento das esteiras de no mínimo 3.730 mm;	- (...) Comprimento das esteiras de no mínimo 3.661 mm;
- (...) Rompedor hidráulico da mesma marca da escavadeira hidráulica.	- (...) Rompedor hidráulico.

Ocorre as especificações impugnadas diferem minimamente quando

comparado com o bem ofertado pela Impugnante, são excessivas e desnecessárias para o desempenho e produtividade de uma Escavadeira Hidráulica, pois há restrição da competitividade no certame, tendo em vista as condições do mercado atual, revela-se que o edital está sendo direcionado para uma única marca.

Assim sendo, Ilustre Pregoeiro, algumas das especificações acima citadas se revelam desnecessárias e/ou excessivas a efetivar a finalidade do bem, em detrimento do caráter competitivo, isto porque, a todo sentir, instrui-se a não selecionar proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares.

É notório que os equipamentos convencionais existentes no mercado brasileiro (com esteiras de no mínimo 3.661 mm e Rompedor Hidráulico de marca diferente da fabricante do equipamento), de mesma categoria daquele que o município está se propondo em licitar, embora não atendam as especificações constante na cláusula acima citada, desempenham exatamente as mesmas funções, configurando-se adequados a satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato.

Aliás, oportuno destacar que as características que diferem entre o bem licitado e o ofertado pela Impugnante nada interfere no desempenho do equipamento. Ou seja, no caso em comento, devido à uma restrição do edital, que optou em trazer diversas exigências periféricas, não relevantes para a operação do bem, a Impugnante teoricamente está sendo impossibilitada de participar do certame por ter equipamento com característica superior e, possivelmente, de menor valor.

Dando efetividade ao princípio da legalidade (cf. art. 37, caput, da CR/88), os artigos 3º, 4º e 41 da Lei n. 8.666/93 garantem a todos quantos participem de licitações públicas o direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na Lei, especialmente quanto à promoção da máxima competitividade factível entre os interessados, na busca pela proposta mais vantajosa.

Entrementes, exsurge claro e insofismável que a Administração furtou o caráter competitivo do certame ao exigir que o Objeto do Certame contenha número extenso de exigências e/ou características técnicas, sem a devida justificativa, todos em parâmetros dissímil do existente no mercado nacional, em detrimento dos princípios constitucionais, o que constitui restrição velada à participação dos interessados.

Ademais, excessiva e desproporcional são as especificações técnicas alusivas acima, porquanto assegura discriminação desproporcional a obtenção da contratação mais vantajosa, pois furta o caráter competitivo do certame, na torpe

tentativa de, reitera-se, beneficiar **um único** particular.

Diante desse cenário, a empresa impugnante vem a presença de Vossa Excelência questionar as exigências de “Comprimento das esteiras de no mínimo 3.730 mm” e “Rompedor hidráulico da mesma marca da escavadeira hidráulica”, **bem como a ausência de justificativa técnica para manutenção dessas exigências.**

Veja-se que a diferença entre o exigido no edital e o bem ofertado pela Impugnante é ínfima, para não dizer insignificante, em relação ao comprimento das esteiras. Isto porque, a diferença expressa é inferior à **07 (SETE) CENTÍMETROS, um verdadeiro disparate!**

Demais disso, em relação à exigência de o Rompedor Hidráulico ser da mesma marca do fabricante do equipamento, vale dizer que com a evolução da indústria, a maioria dos fabricantes de máquinas pesadas aderiram ao formato de “montadoras”, detendo apenas a tecnologia, projeto e investimento necessários para o fabrico das máquinas como um todo e sem precisar produzir especificamente cada componente de suas máquinas. Ou seja, da mesma forma como a Ford, General Motors e tantas outras “montam” os seus veículos sem produzir os pneus, vidros, “motor”, etc., a XCMG e várias marcas de máquinas pesadas “montam” suas máquinas sem fabricar a totalidade de seus componentes. É a realidade da indústria. Por exemplo, a Dell não fabrica “placa mãe” nem “processador”, mas “monta” computadores.

Isso é economicamente e tecnicamente melhor para o consumidor.

Economicamente é melhor para o consumidor, porque o esforço empresarial com a pesquisa, projeto e custos disso, para a concepção de periféricos do equipamento, ficam suportados pelas empresas produtoras destes componentes, que repassam apenas o preço final para a montadora da máquina, gerando economia de preço final, o qual é repassado ao consumidor. Ou seja, é mais barato comprar o equipamento pronto e equipá-lo na máquina do que fabricá-lo.

Tecnicamente é melhor para o consumidor, porque uma empresa que só produz determinado item possui elevada especialização, resultando em maior qualidade, eficiência, desempenho, durabilidade e economicidade, ao contrário de um fabricante de máquinas pesadas que se aventura na fabricação de acessórios e torna difuso seu objetivo empresarial, deixando de atingir alta especialização.

Assim sendo, a exigência em questão é impertinente e não traz benefício ou vantagem para a qualidade, produtividade, desempenho e

economicidade da máquina, pelo contrário, traz a desvantagem de deixar o consumidor (Adm. Pública), restrita apenas à assistência técnica do fabricante da máquina para manutenções no Rompedor Hidráulico, ao contrário da assistência técnica do "Rompedor" de outra marca que a máquina na qual está instalado, a qual é muito maior.

Não bastasse, nem todos os concorrentes são fabricantes, aliás, nenhum dos concorrentes são fabricantes. Apenas as marcas Caterpillar, Doosan e JCb possuem Rompedor Hidráulico da mesma marca do equipamento.

Contudo, não são fabricados pelas referidas empresas. Sua fabricação é feita em parceria com outra empresa, mas com acordo comercial para encapar a marca JCB, Doosan ou Caterpillar.

Na prática, não diferindo em nada do equipamento da impugnante.

Ou seja, a questão do Rompedor Hidráulico ser da mesma marca ou não da fabricante do equipamento, NÃO influencia no seu desempenho e, tampouco, nas questões relacionadas aos serviços de manutenção e de suas peças, pois, a garantia de fornecimento de eventuais peças de reposição estará assegurada, o que é exatamente a questão da XCMG.

Além disso, as referidas exigências restringem à competitividade do certame e contrariam a Nota Técnica nº 02/17 do Ministério Público/SC.

À vista do exposto, o ato convocatório em debate necessita de reforma, eis que contempla Escavadeira Hidráulica com especificação desnecessária para assegurar a boa execução do futuro contrato, e, via de consequência, tem o condão de impossibilitar a participação de interessados ou gerar efeitos aptos a acarretar a derrota de um licitante.

Ora, em que pese o objeto licitado exigir a adoção de tratamento discriminatório, isso não implica em autonomia à Administração para consagrar restrição excessiva, vez que esta deve atentar-se as especificações mínimas necessárias a fim de assegurar a obtenção da contratação mais vantajosa.

Para tanto, imprescindível é a compatibilidade entre a restrição do objeto com o fim a qual ele se destina, e, portanto, deve a Administração justificar, de modo fundamentado, não apenas a necessidade de discriminar, mas também o limite mínimo da discriminação. O que, data máxima vênia, não foram observados no presente certame.

Verifica-se que o Município não apresentou nenhuma justificativa técnica para sustentar as referidas exigências no certame, limitou-se apenas tratar da aquisição do referido equipamento, em nenhum momento tratou

especificamente sobre cada exigência do objeto licitado.

À vista do exposto, interessada em participar do certame a IMPUGNANTE tem seu intento frustrado perante as imperfeições do instrumento convocatório, que, via de consequência, impõem a suspensão da licitação, visando sua alteração, sob pena de se levar a efeito certame sujeito a futura anulação, comprometendo a segurança jurídica do contrato administrativo perseguido.

Nesta senda, importante salientar que a IMPUGNANTE é revendedora de produtos XCMG, marca que já acumula experiência de 76 anos de conhecimento e desenvolvimento, possuindo os produtos mais avançados do mercado. Com os investimentos feitos durante sua expansão, a marca conquistou 173 países, colocando-se entre as principais empresas do setor no mundo, **sendo atualmente a sexta colocada a nível mundial**, classificação KHL.

Atualmente o grupo emprega 30.000 funcionários no mundo inteiro, e possui um faturamento anual de USD 20 Bilhões. Além de várias fábricas na China, possui fábrica no Brasil, Estados Unidos, Polônia, Índia, Malásia e Uzbequistão.

Ao longo de seus 76 anos, a XCMG sempre investiu pesado em pesquisa e desenvolvimento, mantendo-se na linha de frente da inovação. Hoje, é a maior fabricante de máquinas da linha amarela, com produtividade anual de 50 mil unidades, sendo a maior produtora a nível mundial, entre elas carregadeiras, **escavadeiras hidráulicas**, rolos compactadores, retroescavadeiras, motoniveladoras, entre outras máquinas, no Brasil todas com a possibilidade de aquisição através de FINAME.

Não obstante, convém pôr em relevo que o Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas (“GAECO”) deflagrou recentemente a operação denominada “operação patrola” com vistas a desarticular um esquema de propina destinado a compra de máquinas pesadas, da qual, em síntese, ocorria com a inserção de exigências desnecessárias e incompatíveis com o interesse público, notadamente em relação à descrição do objeto.

Considerando, portanto, a necessidade de evitar irregularidades em editais de licitação que tenha por objeto a aquisição de maquinário, geralmente decorrentes de regras que restrinjam a participação de empresas, o Ministério Público editou e aprovou uma Nota Técnica com vistas a orientar a atuação dos Ilustres Promotores de Justiça na fiscalização dos referidos editais (**Doc. 01 - Normativa MP**).

Com efeito, os ilustres membros do Parquet sedimentaram entendimento de que nas licitações para compra de máquinas pesadas deve estar descrito no objeto somente as características básicas do equipamento,

abstendo-se de incluir especificações numéricas exatas. Não obstante, em sendo necessário qualquer especificação alheia, deverá ser justificado o motivo de acordo com a realidade local, senão vejamos:

1. Nas licitações para compra de máquinas pesadas, deve estar descrito no objeto do edital somente as características básicas do equipamento que tenham por fim, exclusivamente, definir a sua categoria, sendo suficientes a definição das seguintes especificações para cada tipo de máquina:

a) Retroescavadeira: potência, peso operacional mínimo, turbinada ou aspirada, volume mínimo da caçamba dianteira, volume mínimo da caçamba do braço de escavação, tipo de tração (4x2 ou 4x4).

b) Rolo compactador: potência mínima, peso operacional mínimo, tambor vibratório liso ou com patas.

c) Motoniveladora: potência mínima, peso operacional mínimo, comprimento mínimo da lâmina, escarificador traseiro, conjunto de ferramentas.

d) Pá carregadeira: potência, peso operacional mínimo, volume mínimo da caçamba, caçamba dentada ou lâmina.

e) Escavadeira hidráulica: potência mínima, peso operacional mínimo, volume mínimo da caçamba, dimensão mínima da sapata.

f) Trator de esteira: potência mínima, peso operacional mínimo, escarificador traseiro.

g) Trator de pneus: potência mínima, peso operacional mínimo, tipo de tração (4x2 ou 4x4), presença de tomada de potência.

h) Caminhão: potência mínima, número de marchas, turbinado ou aspirado, tipo de tração (6x2 ou 6x4), freios e diferencial (curto, semi-curto ou longo), sistema SCR, tipo de carroceria.

(...)

3) Não devem ser incluídas, no objeto da licitação, especificações numéricas exatas que restrinjam a competitividade do certame, mas sim valores mínimos (ex. "potência mínima de", "peso operacional mínimo de");

4) Sempre que necessária a restrição a alguma especificação técnica ou dimensão, deve estar justificado expressamente o motivo de acordo com a realidade local, não sendo admissíveis exigências que não atendam ao interesse público, pois as diversas marcas concorrentes, mesmo com algumas especificações distintas, apresentam desempenho semelhante, suficiente para o serviço de uma Prefeitura Municipal. São

Ademais, conforme consta no texto da "NOTA TÉCNICA DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CMA) E DO GRUPO ESPECIAL ANTICORRUPÇÃO (GEAC) Nº 02/2017, de 14 de março de 2017, expedida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, prescreveu, conforme item 3 acima mencionado, que **NÃO DEVEM SER INCLUÍDAS NO OBJETO DA LICITAÇÃO ESPECIFICAÇÕES NUMÉRICAS EXATAS QUE RESTRINJAM A COMPETITIVIDADE DO CERTAME, MAS SIM VALORES MÍNIMOS (EX: POTÊNCIA MÍNIMA DE, PESO OPERACIONAL MÍNIMO DE).**

Logo, não deve o edital limitar (ou delimitar) a especificação exata, devendo exigir as especificações mínimas necessárias, eximindo-se de constar, por exemplo, como no presente caso, as exigências sublinhadas de "Comprimento das esteiras de no mínimo 3.730 mm" e "Rompedor hidráulico da mesma marca da

escavadeira hidráulica”, porquanto, conforme menciona o aludido documento Ministerial: **“as diversas marcas concorrentes, mesmo com algumas especificações distintas, apresentam desempenho semelhante para o serviço de uma Prefeitura Municipal”.**

Ademais, a Nota Técnica, como visto acima, silenciou quanto ao tamanho das esteiras e, principalmente, sobre qualquer determinação relacionada com o fato de alguns itens/assessorios serem da mesma marca do fabricante da máquina. Logo, as exigências questionadas contrariam EXPRESSAMENTE o disposto na Nota Técnica, sendo todas as exigências citadas acima, além de direcionar à apenas uma marca, totalmente impertinente.

Sendo assim, em virtude das discrepâncias citadas, esta evidente que o bem ofertado pela Impugnante se enquadra no **“Porte do Equipamento”** que a municipalidade pretende licitar.

Ante o exposto, deve ser dado procedência a presente impugnação para ser retificar a descrição supra com vistas a exigir apenas as características básicas do equipamento, conforme orientação do Ministério Público, sob pena de se caracterizar direcionamento de instrumento licitatório por restrição excessiva.

Alternativamente, na remota hipótese de Vossa Excelência indeferir o presente pleito, o que seria um desatino, requer seja dado procedência a impugnação para que se abstenha de exigir que o Objeto do Certame seja equipado com: “Comprimento das esteiras de no mínimo 3.730 mm” e “Rompedor hidráulico da mesma marca da escavadeira hidráulica”; à fim de ampliar o universo de competidores, dado a adequação do certame para o fim a que se destina os equipamentos, sob pena de se caracterizar direcionamento de instrumento licitatório.

III - DOS FUNDAMENTOS DE DIREITO QUE IMPÕEM A PROCEDÊNCIA DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO:

III.I - Das premissas e princípios básicos aplicáveis às licitações públicas:

Convém, inicialmente, lembrar que é pressuposto inquestionável do Estado Democrático de Direito é a sua subordinação ao ordenamento jurídico vigente e, como notório, no âmbito da Administração Pública, tal pressuposto se

traduz na observância dos seguintes princípios (sem grifo):

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

No âmbito específico das licitações e contratos administrativos, a Lei n. 8.666/93 consagrou expressamente em seu artigo 3º os seguintes princípios (sem grifo):

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

Do exposto acima, depreende-se que a atividade administrativa deve ser exercida em absoluta conformidade com a lei e com os princípios inerentes. Das premissas licitatórias extrai-se a seguinte fórmula, que deve sempre ser almejada pela Administração Pública: **busca da proposta mais vantajosa para a Administração por meio de procedimento formal em que fiquem asseguradas a isonomia e a competitividade.**

Portanto, a licitação é um procedimento informado, também, e principalmente, pela ideia de competição. Esse é o norte da atividade administrativa licitatória, que deve sempre estimular o incremento da disputa. Assim, se ao administrador socorrerem duas condutas, deverá sempre optar por aquela que **favoreça a ampliação do universo de competidores**, sob pena de ferir o interesse público, os princípios supramencionados e a legislação.

Com a presente IMPUGNAÇÃO AO EDITAL pretende-se demonstrar que as condições do instrumento convocatório estão limitando a competitividade, reduzindo drasticamente a possibilidade de obter a melhor proposta, haja vista redução injustificada do universo de competidores.

As exigências detidamente explicitadas não são apenas ilegais, mas, também, desnecessárias e restritivas à competição, o que é rechaçado pela jurisprudência:

“As regras do edital de licitação devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a **participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa.**” (Grifo nosso)¹.

O Tribunal de Contas da União também pondera sobre o tema:

- a) A matéria envolve o cotejo de dois preceitos inerentes às licitações públicas, ambos com sede constitucional: a comprovação da habilitação para contratar com a Administração e o princípio da competitividade.
- b) A Administração tem o dever de se proteger de interessados não capacitados a prestar o serviço ou realizar a obra objeto da licitação. Por isso, a Lei de Licitações e Contratos prevê a fase de habilitação, na qual os interessados devem comprovar os requisitos exigidos no edital. Nela, a Administração deve impedir a participação daqueles sem condições de cumprir o objeto.
- c) Por outro lado, **a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (cf. art. 37, XXI, da CR/88). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão permitidas “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”) e no § 1º, inc. I, art. 3º da Lei n.º 8.666/93. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório.**

Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a fornecer o Equipamento, a pretexto de assegurar de

¹ STJ, Mandado de Segurança n.º 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 10.08.98.

assegurar uma prestação vantajosa, adotando exigência técnica, sem qualquer fundamento técnico que o justifique.

No dizer de Marçal Justen Filho ('Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', 12ª edição, pg. 80), o disposto [no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93] não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas.

Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.²

As restrições apontadas, caso ignoradas pelo d. Pregoeiro, implicarão na lesividade ao interesse público, vez que o escopo da licitação é ofertar com vantagem e economicidade, o que apenas um universo amplo de competição traz para a Administração.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou no tocante à ampla competitividade inerente às licitações públicas:

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. (Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335). Recurso especial não conhecido.³

O próprio legislador estabeleceu que o caráter competitivo constitui um

² TCU: Acórdão 241/2005, Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. DOU 24/03/05.

³ Recurso Especial n. 361736 / SP; DJ de 31/3/03, p. 00196; Min. Franciulli Netto.

princípio essencial da Licitação, sem o qual a seleção da proposta mais vantajosa estará derradeiramente prejudicada. A competitividade, desse modo, é essencial à lógica interna do procedimento licitatório, sendo que onde não há competição, não há licitação, conforme orientação doutrinária:

Cabe ali um dos princípios fundamentais da licitação, que é o da oposição ou da competitividade, tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltam a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo.

Acrescentando-se, cite-se como inarredável a observância ao princípio da impessoalidade, com relação ao qual Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece o sentido:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimientos. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.⁴

Toda agressão ao princípio da impessoalidade, ainda que indiretamente, implicará desrespeito às regras de isonomia, já que ao deferir privilégios, mesmo que indiretos, a Administração deixará de tratar a todos segundo os mesmos padrões, nos termos impostos pela Constituição da República.

De fato, a igualdade de oportunidades nas licitações foi consagrada na própria Constituição e configura conquista democrática essencial ao exercício pleno das garantias constitucionais, como bem destaca José dos Santos Carvalho Filho:

A se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam alijados todos os demais, o que seria de se lamentar, tendo em vista que, em numerosas

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114; vide também: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 66.

§§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

O § 1º com arrimo no inciso I do dispositivo é claro ao estipular que “**é vedado aos agentes públicos**” estabelecer preferência ou distinção em razão da sede ou domicílio dos licitantes, e, sobretudo, condições discriminatórias fundadas em critérios não pertinentes e/ou não relevantes para o objeto da contratação. Trata-se, portanto, da baliza do administrador para estipular exclusivamente o mínimo necessário para assegurar a boa execução do futuro contrato, sem restringir a competitividade do procedimento licitatório.

A propósito, o Plenário do Tribunal de Contas da União, por meio do recente Acórdão nº 2441/17, se posicionou no sentido de que “*cláusulas com potencial de restringir o caráter competitivo do certame devem ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios a licitação que indiquem a obrigatoriedade de inclusão de tais regras para atender às necessidades específicas do órgão, sejam de ordem técnica ou econômica*”.

Este é um ponto importante: as exigências quanto à especificação técnica devem ser obrigatoriamente motivadas e também divulgadas. Na fase interna do certame, os dados requeridos, quanto à especificação técnica do objeto licitado, devem estar devidamente motivados, observando-se, como valiosa referência, os pressupostos do art. 15, I, da Lei n. 8.666/93.

Para tanto, por se destinar o certame à aquisição de equipamento pesados com a finalidade precípua de atender as necessidades deste ínclito Órgão, desnecessárias são as exigências de: “**Comprimento das esteiras de no mínimo 3.730 mm**” e “**Rompedor hidráulico da mesma marca da escavadeira hidráulica**”.

Não bastasse, excessiva e desproporcional é a especificação técnica alusiva as exigências adrede, porquanto asseguram discriminação desproporcional a obtenção da contratação mais vantajosa, pois furta o caráter competitivo do certame, na torpe tentativa de, reitera-se, beneficiar um único particular .

Nesse contexto, ainda em relação ao quesito do Rompedor Hidráulico da mesma marca do equipamento, o TCU já se manifestou sobre a ilegalidade de se exigir periféricos do mesmo fabricante, sem a possibilidade, no caso específico, de aceitação de periféricos de diferentes marcas, in verbis:

ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação.⁵

Na hipótese vertente, as exigências habilitatórias inadequadas afastarão a participação de grande parte dos interessados, sem nenhuma eficiência compensatória relevante aos interesses licitados, conforme será adiante pontualmente demonstrado.

III.II – Das restrições ilegais à competitividade por excesso de restrições:

Assentes as premissas básicas que devem nortear a estipulação das regras licitatórias, fica evidente a ilegalidade do edital no que se refere a um dos aspectos mais essenciais da estipulação de regras licitatórias, qual seja, a especificação do objeto licitado.

Como se verá abaixo, as exigências técnicas sucedidas no ato convocatório não encontram respaldo legal no § 1º, inc. I, art. 3º da Lei n. 8.666/93, pois tem o condão de impossibilitar a participação de interessados ou gerar efeitos aptos a acarretar a derrota de um licitante, *in verbis*:

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

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e **estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Lumen Juris: Rio de

(...) a exigência de equipamento com periféricos do mesmo fabricante, sem possibilidade de aceitação de motor de diferentes marcas, é inadequada e não apresenta embasamento técnico, prejudicando a competitividade do certame e afrontando o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93:

O mesmo entendimento foi adotado em decisão recente no Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que quando da análise do processo 350194/18, exarou decisão suspendendo o certame, ante às restrições apontadas, de igual teor que acima apontado, que configuram ofensa ao art. 3º, *caput*, e § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93, conforme decisão anexa.

Ademais, em que pese o objeto licitado exigir a adoção de tratamento discriminatório, isso não implica em autonomia à Administração para consagrar restrição excessiva, vez que esta deve se atentar as especificações mínimas necessárias a fim de assegurar a obtenção da contratação mais vantajosa.

Para tanto, imprescindível é a compatibilidade entre a restrição do objeto com o fim a qual ele se destina, e, portanto, deve a Administração justificar, de modo fundamentado, não apenas a necessidade de discriminar, mas também o limite mínimo da discriminação. O que, frisa-se, não foram observados no presente certame.

Este é um ponto importante: as exigências quanto à especificação técnica devem ser obrigatoriamente motivadas e também divulgadas. Na fase interna do certame, os dados requeridos, quanto à especificação técnica do objeto licitado, devem estar devidamente motivados. **O que não ocorreu no presente caso.**

Quanto à divulgação desses motivos, cabe mencionar específica orientação do TCU, segundo o qual, certas exigências quanto à capacidade técnica são ilegais, reiterando seu entendimento no sentido de que se consigne:

No respectivo processo, expressa e publicamente, os motivos dessa exigência, e demonstre tecnicamente que os parâmetros fixados são suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implique restrição ao caráter competitivo do certame.⁶

⁶ TCU, TC 007.358/02, Acórdão 32/03.

Assim, considerando-se que a Constituição Federal, bem como a Lei n. 8.666/93 autorizam apenas as exigências mínimas necessárias à satisfatória execução do objeto licitado, **as exigências editalícias da Escavadeira Hidráulica, devem observar o que dispõe a Nota Técnica do Ministério Público, bem como, as demais exigências de** “Comprimento das esteiras de no mínimo 3.730 mm” e “Rompedor hidráulico da mesma marca da escavadeira hidráulica”, **merecem ser revistas pela IMPUGNADA, pois comprometem o caráter competitivo do certame.**

IV – DOS PEDIDOS

Portanto, segundo a inteligência das Leis 8.666/93 e 10.520/2002, o espírito do Pregão deverá atender ao incentivo da competição e ao interesse público, vedando exigências que representem restrição excessiva.

ANTE O EXPOSTO, considerando que as exigências do objeto do certame estão restringindo de forma indevida a competitividade do certame; que mantidas as exigências o certame estará direcionado à representante de uma única marca; que a diferença entre o exigido no edital e as características que equipam a bem da Impugnante são mínimas e irrelevantes; que não há justificativa técnica para manutenção das exigências impugnadas, requer a IMPUGNANTE em relação ao Edital do Pregão Presencial n. 025/2019:

a) Que seja recebida e processada a presente impugnação, porquanto tempestiva e adequada, nos termos da legislação de regência.

b) Que a resposta referente a presente impugnação seja enviada aos e-mails comercial@macromaq.com.br, atendimento@macromaq.com.br e juridico@macromaq.com.br, bem como toda e qualquer intimação a ser feita à IMPUGNANTE, sob pena de nulidade.

c) Que seja suspensa a licitação para adequação do EDITAL, suprimindo as ilegalidades ora questionadas, quer dizer: com vistas a ampliar o universo de competidores, deve ser republicado seu texto e reaberto novo prazo promover as alterações técnicas suscitadas, a fim de **abster-se em exigir que objeto contenha as exigência de:** “Comprimento das esteiras de no mínimo 3.730 mm” e “Rompedor hidráulico da mesma marca da escavadeira hidráulica”.

d) **Alternativamente, requer seja dado procedência a impugnação para retificar a descrição do objeto, com vistas a exigir apenas as**

características básicas do equipamento, conforme orientação da Nota Técnica do Ministério Público.

Seja encaminhada cópia da presente impugnação ao Ministério Público Estadual e ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina para que tomem conhecimento das irregularidades aqui questionados.

Oportuno mencionar que a presente impugnação não serve apenas para adequar as exigências ao bem a ser ofertado por esta, mas sim, para possibilitar que a Impugnante possa participar do certame, bem como ampliar o leque de participantes ao máximo possível, de acordo com o que prevê a legislação em virgo.

Que seja acatada a presente impugnação, julgando procedentes todos os seus pedidos, sob pena de caracterizar direcionamento do certame.

Termos em que

Pede Deferimento.

São José/SC, 06 de dezembro de 2019.


MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA

CNPJ nº 83.675.413/0002-84

Robson André Zeni

Representante Comercial/Procurador

CPF: 027.330.419-40 / RG 3878405