

**AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO, ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A)
PREGOEIRO (A) E EQUIPE DE APOIO DO MUNICÍPIO DE RIQUEZA/SC**

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 204/2020

PREGÃO PRESENCIAL Nº 009/2020

OBJETO: Aquisição de 01 (uma) Retroescavadeira

MUNICÍPIO DE RIQUEZA - SC

Protocolo nº 40/2020

Recebido em 05/03/2020

às: 09 00 horas

Dina Weinsdm

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 no item 23 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.

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:

O Município de RIQUEZA, no Estado de Santa Catarina (“IMPUGNADA”), deflagrou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma Presencial, do tipo menor preço por item, registrado sob o número 009/2020 (Processo Licitatório nº 204/2020), tendo por objeto a **“aquisição de retroescavadeira nova; ano e modelo 2019 ou superior; motor a diesel, de acordo com as especificações constantes no Edital e seus anexos”**.

Para tanto, o edital prescreve que as Retroescavadeiras, mormente as seguintes especificidades (sem grifo):

Retroescavadeira nova, ano mínimo 2019, fabricação Nacional, tração 4x4, com cabine fechada com ar condicionado e certificação ROPS FOPS. Motor diesel, original da mesma marca do fabricante do equipamento com potência mínima de 95HP; Bomba hidráulica com sistema de fluxo variável com vazão mínima de 135 litros por minuto; Assento do operador com suspensão e sinto de segurança; freios a disco banhados a óleo; caçamba dianteira com nivelamento automático, com capacidade de carga mínima de 1,00 m³ com dentes e traseira com capacidade de carga mínimo de 0,22m³ com dentes; profundidade mínima de escavação 4,20 metros; peso operacional mínimo de 7,300kg.

Valor Total: R\$ 291.666,67 (duzentos e noventa e um mil novecentos e sessenta e seis reais e sessenta centavos).

Importa consignar, conforme pode se perceber do catálogo anexo, a Impugnante tem em sua gama de produtos, Bem que muito se assemelha às características do objeto licitado, qual seja, Retroescavadeira marca XCMG modelo XT870BR, que difere do bem licitado apenas na característica abaixo listada:

Item 01

Característica do Bem Licitado	Característica do Bem ofertado pela Impugnante
- (...) motor da mesma marca do fabricante do equipamento.	- (...) Motor da marca DEUTZ.

Assim sendo, Ilustre Pregoeiro, conforme se observa as 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 (Motor da marca DEUTZ), embora não atendam exatamente todas as especificações constante na cláusula acima citada, desempenham exatamente as mesmas funções, configurando-se adequado a satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato.

É certo que a Lei nº 8.666/93 permite a indicação de algumas características como padrão de referência, a ser listado tão-somente como mero referencial para os licitantes. No caso em tela, porém, não é isso que se verifica.

Ocorre que, a especificação técnica contida no edital, restringe o universo de possíveis competidores, seja pela exigência de característica específica do edital, não obstante haja no mercado Retroescavadeiras com reconhecida qualidade, especificações similares ou quase idênticas, que atendem na íntegra a satisfação do objeto perquirido.

Com efeito, o exame do edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa, pois cria óbice a própria realização da disputa, limitando o leque da licitação.

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 Equipamento tenha **“motor da mesma marca do fabricante do equipamento”**, 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 é a especificação técnica alusiva às mencionadas exigências, porquanto assegura discriminação desproporcional a obtenção da contratação mais vantajosa, pois furta o caráter competitivo do certame, na torpe tentativa de, reitera-se, beneficiar apenas algumas marcas

À vista do exposto, o ato convocatório em debate necessita de reforma neste quesito, eis que contempla Retroescavadeira 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.

Acerca da exigência de **“motor da mesma marca do fabricante do equipamento”**, faz-se oportuno mencionar que a Retroescavadeira da marca XCMG, modelo XT870BR, da fabricante XCMG, possui motor da marca DEUTZ, de alta eficiência.

Cabe observar que a fabricante de motores DEUTZ¹ é tradicional fabricante mundial de motores DIESEL, quando por seus idealizadores Nicolais August Otto e Eugen Langen fundaram a "N.A. Otto & Cie" em 1864 a primeira fábrica de motores DIESEL do mundo, e desde então, a DEUTZ se tornou sinônimo de pioneirismo, paixão e poder de inovação.

De uma pequena fábrica de motores na velha cidade de Colônia na Alemanha para uma empresa global com grandes parceiros, sempre foi admirada por seus clientes e parceiros por sua notável tecnologia em motores de combustão. Com aproximadamente 6000 funcionários e presente em 130 países distribuídos pelos 5 continentes em 12 plantas produtivas, tem condições de atender qualquer tipo de aplicação de motores conforme a necessidade pontual de cada cliente.

Presente no Brasil desde 1960, quando iniciou suas atividades com a fabricação de tratores agrícolas modelos DM 55 e motores das séries 514 e 1014, a DEUTZ do Brasil vem ao longo das décadas trabalhando junto a seus clientes com total suporte e qualidade em produtos e serviços. Confiabilidade, potência, maior vida útil e ótima economia operacional são algumas das principais características dos motores DEUTZ, cujo lay-out e tecnologia de seus motores os classificam como um dos produtos mais avançados em sua categoria, sempre com a Qualidade DEUTZ.

Assim, 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 do motor, 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

¹ Fonte: <http://www.deutz.com.br/>.

barato comprar o motor pronto e equipá-lo na máquina do que fabricá-lo.

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

Para que os componentes do motor funcionem de forma interligada é necessário que haja sinergia entre tais componentes, sendo isso o que determina a qualidade, produtividade, desempenho e economicidade da Retroescavadeira e não o fato do motor ser fabricado pelo mesmo fabricante da máquina. Não importa o quão bom seja o motor da máquina: é necessária tal sinergia entre os seus componentes, o que depende do projeto da máquina e dispositivos eletrônicos que controlarão a suas funções. São questões que definitivamente não tem relação a exigência em questão.

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 motor, ao contrário da assistência técnica do "motor" de outra marca que a máquina na qual está instalado, a qual é muito maior.

Não bastasse, nem todos os concorrentes são fabricantes e, via de regra, tem participante que ofertará período de garantia superior ao prestado pela fabricante, de modo que quem efetivamente prestará a assistência técnica será o vencedor do certame e não a própria fabricante; aliás, partindo da premissa de que a prestação do serviço de assistência técnica e de peças será de responsabilidade do vencedor do certame e não do fabricante, ressalvado a hipótese deste vencer o certame, não há que se cogitar em intervenção do fabricante, não havendo plausibilidade na referida justificativa.

Ou seja, a questão do motor ser próprio ou não da fabricante NÃO influencia no desempenho do equipamento e nas questões relacionadas aos serviços de manutenção e de suas peças, pois, desde que o fabricante do motor tenha renomado conceito no mercado e possua produção em território brasileiro, a garantia de fornecimento de eventuais peças de reposição estará assegurada, o que é exatamente a questão da XCMG.

Mais, a XCMG ao equipar seus produtos com o motor da marca

DEUTZ, como dito acima, chama para si toda responsabilidade de garantir a continuidade do fornecimento de peças e componentes daquele motor.

Logo, verifica-se que NÃO há justificativa técnica suficientemente convincente para manter a exigência de “motor da mesma marca do fabricante do equipamento” e, por consequência, restringir a participação da Impugnante no presente certame.

Assim sendo, persistindo este órgão público em adquirir o bem em questão com essas características, não deveria, pois, fazê-lo através do procedimento licitatório na modalidade de Pregão, que exige AMPLA participação e concorrência.

Não obstante, a IMPUGNANTE é revendedora de produtos XCMG e, como mencionado acima, ofertaria a Retroescavadeira da marca XCMG, modelo XT870BR, por ser a versão que se amolda ao Edital.

Deve-se destacar que a XCMG é o maior grupo de empresas na indústria de maquinário de construção da China, com a maior variedade e série de produtos, com ampla competitividade e influência no setor, **atuando no mercado brasileiro desde 2004.**

A XCMG 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 Brasil², 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.

Reitera-se, portanto, que não há justificativa técnica efetiva que fundamente a exclusão da impugnante do certame.

À vista do exposto, interessada em participar do certame a

² Fonte: <http://www.xcmg-america.com/>. Acessado em 1º de Julho de 2019.

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.

Da origem do Recurso Financeiro e do Desenvolvimento Nacional:

Compulsando o edital, verifica-se que a aquisição em questão decorre também da disponibilização de recursos financeiros pelo Governo Federal, mediante o **Convênio**, celebrado entre o Município de Riqueza e a União, através do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

O repasse de recursos em questão, nada mais é do que uma das formas que o Governo Federal adota para implantar suas políticas públicas e, no caso, estimular o desenvolvimento do país como um todo.

Neste contexto, importante mencionar o que preceitua a Carta Maior, uma vez que, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional (Art. 3º, inciso II).

Sobre esta tão importante temática, explica Malard³ que deve ser entendido como um processo de transformação da sociedade voltado para a realização da justiça social, que alcança a nação brasileira em sua complexidade total, identidade coletiva e peculiaridades culturais.

No texto constitucional, o desenvolvimento nacional apresenta-se inteiramente indissociável de outros três objetivos republicanos: construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

Em suas palavras "para enfrentar os problemas econômicos que impedem ou dificultam o desenvolvimento nacional é imprescindível que o Estado seja capaz de adotar um conjunto de políticas públicas voltadas para a construção das estruturas necessárias à iniciativa privada para gerar emprego, renda e tributos, observada sempre a finalidade da ordem econômica constitucional".

Nesta toada, é de conhecimento público e notório a grave crise que o país está tentando sair e as políticas públicas que estão sendo implementadas para reverter o quadro. Dentre elas, a busca de investimento do capital estrangeiro e abertura e melhoramento das condições de mercado, para que os investidores estrangeiros, como, por exemplo, o mercado Chinês, venha investir no Brasil.

³ MALARD, Neide Teresinha. O Desenvolvimento Nacional: Objetivo do Estado Nacional. Revista de Direito Internacional, 2006.

Tanto a abertura quanto a ampliação do mercado nacional aos capitais estrangeiros devem trazer benefícios diretos aos usuários em consequência do aumento da competição e de uma possível desconcentração do mercado doméstico. Além disso, os setores devem absorver maior investimento, o que deve acarretar uma redução dos custos operacionais para as empresas envolvidas, proporcionando, ainda, a geração de novos empregos.

Neste cenário, o Grupo XCMG (Xuzhou Construction Machinery Group - abaixo melhor descrito), um dos maiores fabricantes de maquinário pesado da China, além de todo trabalho que já vem realizando em terras brasileiras, recentemente recebeu autorização do Banco Central para a abertura de um banco no Brasil destinado a financiar o setor de máquinas para infraestrutura, o que deve ocorrer ainda no primeiro semestre do corrente ano⁴.

A principal consequência desta implementação será, longe de dúvidas, o desenvolvimento nacional, englobando todas as suas particularidades, principalmente a abertura de novas vagas de emprego (necessidade tão urgente no país), oferta de crédito à investidores, modernização do conhecimento e aparato tecnológico, bem como a expansão da economia brasileira.

De fato, a marca XCMG, com amplo investimento no país, como já dito acima, com fábrica no Estado de Minas Gerais, com mais de 1 milhão de metros quadrados, com algumas centenas de empregados, estará relegada do mercado de contratações públicas em Santa Catarina, se for considerada a legalidade da manutenção das exigências impugnadas.

O movimento que o governo federal tem adotado é nos sentido de permitir empresas estrangeiras participem e invistam na economia do país. Por outro lado, percebe-se que os municípios têm adotado posturas que não coadunam com a iniciativa federal, impedindo, por exemplo, uma empresa de reconhecimento internacional, radicada no Brasil e com produtos nacionais, não participar da licitação em decorrência de divergência mínima em algumas exigências ("**motor da mesma marca do fabricante do equipamento**"), mesmo quando comprovado que o bem a ser ofertado atende às necessidades deste órgão público, bem como executa exatamente as mesmas funções, com mesma qualidade, eficiência e economia.

Além disso, referida exigência Impugnada não é parte integrante do Plano de Trabalho apresentado, sendo inseridas por exclusiva liberalidade do Município Impugnado.

⁴ Fonte: <https://exame.abril.com.br/negocios/grupo-chines-anuncia-criacao-de-banco-no-brasil/>. Acessada em 17/01/2020.

Assim sendo, não pode a municipalidade impedir, por critérios desarrazoados e infundados, a participação de empresas que podem trazer maior competitividade ao certame, ofertar produtos com igual ou melhor qualidade e, também, além de contrariar e desestimular às políticas públicas voltadas à recuperação da economia, impactar também na economia local.

Portanto, configurado está o prejuízo à empresa Impugnante, consubstanciado na impossibilidade de participar da Licitação em tela, circunstância que se espera ver reformada pelo Ente Público Municipal.

DA NOTA TÉCNICA DO MPSC:

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) Retroscoadeira: 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) Motonveladora: 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 da tomada de potência.

h) Caminhão: potência mínima, número de marchas, turbinado ou aspirado, tipo de tração (8x2 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 TECNICA 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 MINIMA DE, PESO OPERACIONAL MÍNIMO DE).**

Logo, não deve o edital limitar (ou delimitar) as características, devendo exigir as especificações mínimas necessárias, eximindo-se de constar, por exemplo, como no presente caso, a exigência de "motor da mesma marca do fabricante do equipamento", 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".

Não obstante, a exigência obrigatória de motor da mesma marca da

máquina, também é extremamente impertinente e de já reconhecido repúdio, inclusive pelos órgãos de controle, conforme adiante será explicitado.

Veja-se que é permitido, desde que acompanhada da devida justificativa, exigir que o bem seja de fabricação nacional, por exemplo, o que garante às premissas buscadas de qualidade, eficiência, assistência, buscadas por este Ente e desde que acompanhado da respectiva justificativa.

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 "motor da mesma marca do fabricante do equipamento", com vistas a ampliar o universo de competidores, dado a adequação deste 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 demonstrar-se-á 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 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)⁵.

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 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 n.º 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

⁵ STJ, Mandado de Segurança n.º 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 10.08.98.

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.⁶

As restrições adiante 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.⁷

O próprio legislador estabeleceu que o caráter competitivo constitui um **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.

⁶ TCU: Acórdão 241/2005, Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. DOU 24/03/05.

⁷ Recurso Especial n. 361736 / SP; DJ de 31/3/03, p. 00196; Min. Franciulli Netto.

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 detrimentos. 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.⁸

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 ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação.⁹

Na hipótese vertente, as exigências habilitatórias inadequadas afastarão a participação de grande parte dos interessados, sem nenhuma eficiência compensatória relevante aos interesses licitados, direcionando o certame para uma única marca.

⁸ 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.

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 §§ 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, desnecessário é a exigência de **"motor da mesma marca do fabricante do equipamento"**.

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 marca específica.

Nesse contexto, ainda em relação ao quesito motor, o TCU já se manifestou sobre a ilegalidade de se exigir periféricos do mesmo fabricante/máquina, sem a possibilidade, no caso específico, de aceitação de motor de diferentes marcas. in verbis:

(...) 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.

A respeito da exigência motor da mesma marca do fabricante do equipamento, vale citar também a seguinte decisão do TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA:

“...Relator Auditor Cleber Muniz Gavi. No que diz respeito à exclusividade imposta pelo município para produto de fabricação nacional, em processo semelhante o TCE/SC julgou irregular a tomada de contas especial referente ao pregão presencial nº 30/2011, que teve como objeto a aquisição de um conjunto de britagem móvel pela Prefeitura Municipal de Maravilha, e aplicou multa ao ex-gestor daquela unidade em face do não cumprimento do prazo mínimo de oito dias úteis, de publicação do aviso do edital do referido pregão e não disponibilização do edital e das informações necessárias ao conhecimento do mesmo, no prazo legal de publicação do edital do referido pregão, bem como pela indicação da marca do motor e exigências de qualificação técnica do edital do pregão, sem fundamentação legal. Tais irregularidades contrariam ao disposto nos artigos 1º, inciso I, 15, §7º, inciso I, 21, §1º e 30 da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 4º, inciso IV da Lei Federal nº 10.520/02. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL - 12/00013490. Relator Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, Julgado em 19/08/2015”. (Sem grifo no original).

A legislação é expressa ao proibir as exigências discriminatórias em tela, pois inexistente fundamento de fato ou de direito para tanto.

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.

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.¹⁰

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, a **solicitação editalícia de Retroescavadeira, ter “motor da mesma marca do fabricante do equipamento”, merece ser revista pela IMPUGNADA, pois compromete 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, requer a IMPUGNANTE em relação ao Edital do Pregão Presencial n. 009/2020:

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.

¹⁰ TCU, TC 007.358/02, Acórdão 32/03.

c) Que seja suspensa a licitação para adequação do EDITAL, suprimindo as ilegalidades ora questionadas, para promover as alterações técnicas suscitadas em relação à Retroescavadeira, a fim de **abster-se em exigir "motor da mesma marca do fabricante do equipamento"**.

d) Alternativamente, requer seja retificado o edital, observando assim a Nota Técnica do Ministério Público e com vistas a ampliar o universo de competidores, **passando a exigir apenas que a Retroescavadeira seja de Fabricação Nacional, mantidas as demais características**, republicando-se, assim, seu texto e reabrindo novo prazo;

e) Sucessivamente, na remota hipótese de se indeferir os pedidos acima, requer seja suspenso a licitação para adequação do edital, suprimindo as ilegalidades ora questionadas 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.

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

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.

Termos em que

Pede Deferimento.

São José/SC, 04 de março de 2020.



MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA

CNPJ/MF: 83.675.413/0001-01

Gionas Paulo Mezzomo

Gerente de Vendas/Procurador

CPF: 036.025.039-41 / RG 3.839.483 SSP SC