

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

PROCESSO DE LICITAÇÃO Nº 15/2020

PREGÃO PRESENCIAL Nº 05/2020

OBJETO: Aquisição de 01 (uma) Pá Carregadeira

À
Departamento Jurídico para parecer.
Lacerdópolis - SC 05/05/2020.
[Assinatura]

MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 83.675.413/0002-84, com sede na cidade de Chapecó, na Rua Xanxerê 360, Bairro Líder, CEP 89.805-270,, 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 01 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.

[Assinatura]

*Recibido em
05/05/2020
[Assinatura]*

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

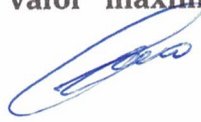
Demonstrar-se-á com a presente impugnação aos termos do edital que as condições do instrumento convocatório estão limitando injustamente o universo de competidores, porquanto consagra condições discriminatórias fundada em critérios não pertinentes e/ou não relevantes para o objeto da contratação, o que 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 Lacerdópolis, 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 05/2020, tendo por objeto a **"aquisição, com recursos próprios e/ou vinculados, de 01 (uma) pá carregadeira nova, a qual será usada pela Secretaria Municipal de Agricultura e Meio Ambiente para a prestação de serviços a população do Município de Lacerdópolis, cuja descrição, quantidade, valor máximo e condições estão no tópico 02 (OBJETO) deste edital"**.



Para tanto, o edital prescreve que a Pá Carregadeira deverá conter as seguintes especificidades (sem grifo):

Pá carregadeira nova, sobre rodas, fabricação nacional, cor predominante amarela, ano e modelo 2020 ou superior, cabine fechada com certificação Rops e Fops, com ar-condicionado, com limpadores de para-brisa, assento com regulagem, motor a diesel, potência mínima de 128 HP's, peso operacional mínimo de 10.500 kg, caçamba com dentes e de no mínimo 1,8m³, sistema de transmissão "Powershift" ou hidrostática com no mínimo 04 (quatro) marchas a frente e no mínimo 01 (uma) a ré, direção hidráulica, volante reclinável, com pneus medidas mínimas 17,5 x R 25 (16 lonas), com ângulo de articulação de no mínimo 40º. O equipamento deve vir também, sem prejuízo dos acima descrito, com todos os itens obrigatórios exigidos por lei e/ou homologados pelo DETRAN.

Valor unitário/máximo: R\$ 373.566,67.

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, Pá Carregadeira, marca XCMG, modelo LW300KV, que difere do bem licitado apenas na característica abaixo listada:

Característica do Bem Licitado	Característica do Bem ofertado pela Impugnante
- (...) ângulo de articulação de no mínimo 40º	- (...) ângulo de articulação de 38º

Assim sendo, Ilustre Pregoeiro, conforme se observa a especificação acima citada se revela desnecessária e/ou excessiva 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.

Demais disso, é notório que os equipamentos convencionais existentes no mercado brasileiro (ângulo de articulação de 38º), embora não atenda exatamente todas as especificações constante na cláusula acima citada, desempenha 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 Pás Carregadeiras 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 “**ângulo de articulação de no mínimo 40º**”, 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 à mencionada exigência, porquanto assegura discriminação desproporcional a obtenção da contratação mais vantajosa, pois furta o caráter competitivo do certame.

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

II.1 - Da exigência de ângulo de articulação mínimo de 40º:

É oportuno salientar, incialmente, que a diferença existente entre o



ângulo de articulação exigido no edital e àquele que consta na máquina da Impugnante é de apenas 2º, ou seja, trata-se de diferença mínima, totalmente irrelevante em relação ao Porte do Equipamento.

Demais disso, tecnicamente falando, o ângulo de articulação do equipamento pouco importa para o desempenho de suas funções. Isto porque, as operações de uma Pá Carregadeira em uma prefeitura Municipal são em ambientes que não exigem operações específicas ou que demandem sensível grau de manobrabilidade, porquanto, atuam, em regra, em terrenos ou lugares com amplo espaço de manobra.

De qualquer sorte, é importante esclarecer uma pequena confusão técnica, que envolve o grau de manobrabilidade, uma vez que é comum ser relacionada a capacidade de manobra da Pá Carregadeira com o seu ângulo de articulação.

Total equívoco esse raciocínio, porquanto a capacidade de manobra do equipamento tem relação direta com outra exigência técnica mais importante, inclusive, no caso, com o raio de giro.

O raio de giro sim, serve de indicar a maior ou menor capacidade de manobra do equipamento. Logo, quanto maior o raio de giro da Pá Carregadeira, maior a sua capacidade de manobra e, por consequência, menor a área utilizada para essa finalidade.

Prova disso é o quadro comparativo abaixo, onde são mencionados os modelos de Pás Carregadeira existentes no mercado, e que se pode verificar com exatidão que o ângulo de articulação não interfere de forma alguma no maior ou menor raio de giro da máquina. Assim sendo, o fato de o ângulo de articulação ser maior ou menor, é irrelevante em relação ao raio de giro do equipamento e, por consequência, do grau de manobra da máquina.

Vejamos:

<u>MARCA</u>	<u>MODELO</u>	<u>ÂNGULO DE ARTICULAÇÃO</u>	<u>RAIO DE GIRO</u>
XCMG	LW300BR	38°	5.170MM
CASE	W20F	40°	4.948MM
NEW HOLLAND	W130B	40°	5.770MM
CATERPILLAR	924K	40°	5.903MM
KOMATSU	W200	38° A 40°	5.890MM
SEM	636D	37°	5.795MM
LIUGONG	835H	40°	5.300MM

Analisando detidamente o quadro acima, é possível verificar, por exemplo, que o equipamento da Marca CASE, modelo W20F, atende o edital em

relação ao ângulo de articulação é a única concorrente que tem menor raio de giro que o equipamento da Marca XCMG modelo LW300BR, ou seja, todas as demais carregadeiras disponíveis no mercado apesar de possuírem um ângulo de articulação maior, não reduzem seu raio de giro, o que demonstra que a operação não será comprometida por esses 2 (dois) graus a menos na articulação !

Assim sendo, evidente que está que a diferença existente no ângulo de articulação, conforme alegado acima, é totalmente irrelevante para o desempenho das funções do referido equipamento, bem como, a sua manutenção, da forma como proposta, padece de justificativa técnica.

Em outras palavras, verifica-se, portanto, que **NÃO** há justificativa técnica suficientemente convincente para manter a exigência de “**ângulo de articulação de no mínimo 40º**” e, por consequência, restringir a participação da Impugnante no certame.

Por fim, mas não menos importante nesta fase argumentativa, imperioso destacar que a Pá Carregadeira da marca XCMG, modelo LW300BR, é comercializada atualmente na faixa de R\$ 330.000,00, ou seja, mais de R\$ 40.000,00 a menos do que o teto fixado no edital.

Logo, oportunizar a participação da empresa licitante não apenas possibilitaria ao Município adquirir equipamento de excelente qualidade, como também resultaria em uma maior disputa e, possivelmente, em uma aquisição por um valor mais em conta.

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, bem como pode resultar em uma contratação que não seja a mais vantajosa.

II.II - Da XCMG:

Não obstante, a IMPUGNANTE é revendedora de produtos XCMG e, como mencionado acima, ofertaria a Pá Carregadeira da marca XCMG, modelo LW300BR, 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 Brasil¹, 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 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.

III.III - 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, através de Convênio firmado com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, através da Caixa Econômica Federal, decorrente do **“Convênio MAPA - Plataforma + Brasil nº 887101/2019”** (item 2.9 do edital).

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.

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

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 Malard² 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.

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 ano³.

² MALARD, Neide Teresinha. O Desenvolvimento Nacional: Objetivo do Estado Nacional. Revista de Direito Internacional, 2006.

³ Fonte: <https://exame.abril.com.br/negocios/grupo-chines-anuncia-criacao-de-banco-no-brasil/>. Acessada em 17/01/2020.

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.

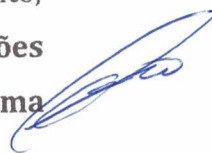
O movimento que o governo federal tem adotado é nos sentido de permitir empresas estrangeiras participem e invistam na economia do país. Por outro lado, percebe-se que os municípios têm adotado posturas que não coadunam com a iniciativa federal, impedindo, por exemplo, uma empresa de reconhecimento internacional, radicada no Brasil e com produtos nacionais, não participar da licitação em decorrência de divergência mínima em algumas exigências (“**ângulo de articulação de no mínimo 40º**”), 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.

Não obstante, oportuno salienta que a exigência impugnada não se encontra dentre aquelas previstas no Plano de Trabalho do referido convênio, sendo desnecessárias, portanto, para a execução deste, além de terem sido inseridas por exclusiva liberalidade deste órgão público.

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.

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, que o **ângulo de articulação de no mínimo 40º**, porquanto, **“as diversas marcas concorrentes, mesmo com algumas especificações distintas, apresentam desempenho semelhante para o serviço de uma**



Prefeitura Municipal”.

Ante o exposto, deve ser dado procedência a presente impugnação para que se abstenha de exigir que “ângulo de articulação de no mínimo 40º”, 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:

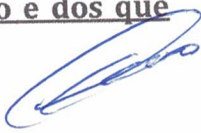
III.I – Das premissas e princípios básicos aplicáveis às licitações públicas:

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.

A exigência explicitada não é apenas ilegal, mas, também, desnecessária e restritiva 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)⁴.

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

⁴ STJ, Mandado de Segurança n.. 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 10.08.98.

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 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.⁵

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

⁵ TCU: Acórdão 241/2005, Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. DOU 24/03/05.

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.⁶

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, 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

⁶ Recurso Especial n. 361736 / SP; DJ de 31/3/03, p. 00196; Min. Franciulli Netto.



qualquer espécie.⁷

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 aliados 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.⁸

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.

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*:

⁷ 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.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 262.



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 **“ângulo de articulação de no mínimo 40º”**.

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.

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.⁹

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 Pá Carregadeira, ter “ângulo de articulação de no mínimo 40º”, merece ser revista pela IMPUGNADA, pois compromete o caráter competitivo do certame.**



⁹ TCU, TC 007.358/02, Acórdão 32/03.

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, ao interesse público, vedando exigências que representem restrição excessiva.

ANTE O EXPOSTO, considerando a restrição do certame e a ausência de justificativa técnica plausível para manutenção da exigência impugnada, REQUER a IMPUGNANTE em relação ao Edital do Pregão Presencial n. 005/2020:

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

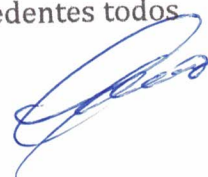
b) Que a resposta referente a presente impugnação seja enviada aos e-mails comercial@macromaq.com.br, atendimento@macromaq.com.br e juridico@macromaq.com.br, bem como toda e qualquer intimação a ser feita à IMPUGNANTE, sob pena de nulidade.

c) Que seja suspensa a licitação para adequação do EDITAL, suprimindo as ilegalidades ora questionadas, para promover as alterações técnicas suscitadas em relação à Pá Carregadeira (item 02), a fim de **abster-se em exigir "ângulo de articulação de no mínimo 40º"**.

d) Alternativamente, requer seja retificado o edital, com vistas a ampliar o universo de competidores, **passando a exigir apenas que a Pá Carregadeira, mantidas as demais características, tenha "ângulo de articulação de no mínimo 38º"**, 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.

Chapecó/SC, 29 de abril de 2020.



MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA

CNPJ/MF: 83.675.413/0002-84

Afrânio Gallon

Procurador

CPF n. 046.890.929-07 / RG 4.559.848 SSP SC

 macromaq.com