

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO, ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) E EQUIPE DE APOIO DO MUNICÍPIO DE BOM JARDIM DA SERRA/SC

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 037/2021

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 64/2021

OBJETO: Aquisição de Rolo Compactador - Item 01

Recebido
13/10/2021
13:30 h.
M. A. Garcia

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. 24 do Decreto n. 10.024/2019, na Lei n. 10.520/2002 e no item 17 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 Bom Jardim da Serra, no Estado de Santa Catarina (“IMPUGNADA”), deflagrou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, do tipo menor preço por item, registrado sob o número 037/2021, tendo por objeto o **“REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE 01 (UM) ROLO COMPACTADOR VIBRATÓRIO NOVO PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA SECRETARIA DE OBRAS DO MUNICÍPIO DE BOM JARDIM DA SERRA – SC”**.

A parte Impugnante apresentou Impugnação, tendo em vista que o edital excluía a partição da empresa em alguns itens, sem, contudo, apresentar a

devida justificativa técnica. Ocorre que, houve, posteriormente a retificação do edital, porém, mantendo ainda alguns itens que ilidem a participação da empresa Impugnante, ainda sem qualquer justificativa técnica. Ao contrário, os itens que excluem a Impugnante são itens com pequena relevância técnica, tendo em vista o porto do equipamento.

Em assim sendo, o edital retificado prescreve que o Item 01, que o Rolo Compactador, mormente as seguintes especificidades (sem grifo), constantes no Anexo X, deve conter:

ROLO COMPACTADOR - ROLO COMPACTADOR VIBRATÓRIO NOVO, FABRICAÇÃO NACIONAL, 04 CILINDROS, COM POTÊNCIA LÍQUIDA MÍNIMA DE 110 HP A 2200 RPM, TURBO, FREIO DE SISTEMA HISTROSTÁTICO, FREIO DE ESTACIONAMENTO DE MULTI DISCOS HIDRÁULICOS NO EIXO TRASEIRO E NO ROLO, FREIO DE EMERGÊNCIA A DISCO NO EIXO TRASEIRO E NO ROLO, ACIONADO ELETRICAMENTE, PNEUS MÍNIMOS ACEITÁVEIS DE 23.1-26 8 LONAS, CABINE FECHADA COM AR CONDICIONADO, CILINDRO COM TRAÇÃO E LARGURA MÍNIMA DE 2.100 mm E DIÂMETRO MÍNIMO ACEITÁVEL DE 1.500 mm, ESPESSURA DO CILINDRO MÍNIMO ACEITÁVEL DE 25mm, PROPULSÃO HIDROSTÁTICA , ARTICULAÇÃO CENTRAL ROBUSTA E LIBRE DE MANUTENÇÃO, VIBRAÇÃO ACIONAMENTO HIDROSTÁTICO DIRETO NO ROLO COM CONTROLE ELÉTRICO, EIXO EXCÊNTRICO ÚNICO PARA VIBRAÇÃO, AMPLITUDE MÍNIMA DE 1,80mm/0,80 mm, CAPACIDADE TEÓRICA DE SUBIR EM RAMPA COM VIBRAÇÃO MÍNIMA DE 50%, FORÇA CENTRÍFUGA MÍNIMA DE 256 kN/147 kN, CARGA LINEAR ESTÁTICA MÍNIMA DE 34 Kg/cm, ÂNGULO DE ARTICULAÇÃO MÍNIMA DE 33º E DE OSCILAÇÃO DE 10º, INDICADOR DE COMBUSTÍVEL, TEMPERATURA DO MOTOR, PRESSÃO DO ÓLEO DO MOTOR, CORRENTE DE CARGA DE BATERIA, ÓLEO HIDRÁULICO E FILTRO DE AR, ALAVANCA DE CONTROLE COM NEUTRO E SELETOR DE VELOCIDADE, BOMBA DE LIBERAÇÃO PARA REBOQUE, ALARME SONORO DE RÉ, CAPACIDADE MÍNIMA DO TANQUE DE COMBUSTÍVEL DE 210 LITROS, IMPACTO DINÂMICO TOTAL MÍNIMO ACEITÁVEL DE 31.000 Kgf EM ALTA AMPLITUDE E DE MÍNIMO ACEITÁVEL DE 18.000 Kgf EM EM BAIXA AMPLITUDE, PESO OPERACIONAL MÍNIMO ACEITÁVEL DE 12.000 Kg, COM PÉ-DE-CARNEIRO. Valor Máximo: R\$ 507.950,00 (quinhentos e sete mil novecentos e cinquenta reais).

Disto isto, 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, o Rolo Compactador da marca XCMG modelo XS123BR, que difere do bem licitado apenas nas DUAS características abaixo listada:

Característica do Bem Licitado	Característica do Bem ofertado pela Impugnante
- (...) CARGA LINEAR ESTÁTICA MÍNIMA DE 34 Kg/cm;	- (...) CARGA LINEAR ESTÁTICA DE 31 Kg/cm;
- (...) CAPACIDADE TEÓRICA DE SUBIR EM RAMPA COM VIBRAÇÃO MÍNIMA DE 50%.	- (...) CAPACIDADE DE SUBIR EM RAMPA COM VIBRAÇÃO DE 45%.

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 (carga linear estática de 31 kg/cm e capacidade de subir em rampa com vibração de 45%), 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, restringem o universo de possíveis competidores, seja pela exigência de característica específica do edital, não obstante haja no mercado Rolos Compactadores com reconhecida qualidade, especificações similares ou quase idênticas, que atendem na íntegra a satisfação do objeto perquirido.

Em outras palavras, em virtude do descritivo do objeto escolhido por este Ente Público, mais precisamente em virtude das exigências de “**carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%**”, a empresa Impugnante estará excluída de apresentar proposta ou esta poderá ser desclassificada, o que, em nosso sentir, mácula o presente procedimento de aquisição, porquanto, restringe de forma indevida o universo de fornecedores e, por consequência, deixa de privilegiar à competitividade e o menor preço por item, objetivo maior do Pregão.

Logo, a exclusão das exigências impugnadas contribuiria muito para abertura e ampliação da competitividade do certame, que hoje é inexistentes.

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.

Entretantes, exsurge claro e insofismável que a Administração furtou o caráter competitivo do certame ao exigir que o Equipamento tenha **“carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%”** 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.

À vista do exposto, o ato convocatório em debate necessita de reforma neste quesito, eis que contempla Rolo Compactador 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, através de elementos/laudo técnico hábil a comprovar a manutenção da exigência questionada, não apenas a necessidade de discriminar, mas também o limite mínimo da discriminação. O que, data máxima vênia, não foram observados no presente certame.

Importante mencionar o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União, quando da prolação do Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Eminentíssimo Ministro Aroldo Cedraz, no sentido de que **“a Administração, por ocasião do planejamento de suas aquisições de equipamentos, deve identificar,**

previamente à elaboração das especificações técnicas e à cotação de preços, um conjunto representativo dos diversos modelos existentes no mercado que possam atender completamente às suas necessidades, de modo a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado e evitar o direcionamento do certame para modelo específico pela inserção no edital de características atípicas”.

Nesse sentido, é dever da Administração fundamentar tecnicamente quaisquer exigências de especificações ou condições com potencial de restringir o universo de competidores. No presente caso, todavia, não restaram demonstrados elementos técnicos hábeis a motivar a inserção da exigência de **“carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%”**, quando da especificações do objeto.

Como possível consequência dessa exigência, consoante alertado acima, o certame poderá culminar **com uma única proposta habilitada ou não ter nenhuma disputa de preço**, resultando em certame sem qualquer desconto em relação ao preço de referência ou mesmo concorrência.

Destarte, passa-se a rebater tecnicamente cada exigência impugnada.

II.I - Da carga linear estática mínima de 34 kg/cm e Da capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%:

É oportuno salientar que o edital exigiu “carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%”.

Ocorre, contudo, que a diferença existente entre o exigido no edital e àquelas características que consta na máquina da Impugnante é mínima, e totalmente irrelevante em relação ao Porte do Equipamento, bem como à sua qualidade na operação e durabilidade do bem.

Isto porque, o equipamento da empresa Impugnante, foi ajustado e dimensionado de acordo com o seu porte e características, entregando a mesma qualidade e eficiência, em que pese eventuais pequenas diferenças em relação aos concorrentes e ao requerido no edital.

O equipamento a ser ofertado pela licitante possui carga linear estática de 31 kg/cm e subida de rampa com vibração de 45%, ou seja, em relação ao primeiro item, difere apenas em 4 kg/cm; e, em relação ao segundo o edital exige 50%, enquanto que o da impugnante alcança 45%, o que equivale a uma diferença total de 10%.

Na prática, ambas as diferenças são ínfimas para a operação que será aplicada ao bem, porquanto o bem foi dimensionado para apresentar a mesma qualidade e eficiência, de acordo com o seu contexto peculiar de características, como dito, entregando exatamente a mesmo resultado que os concorrentes.

Em outras palavras, além disso, verifica-se, portanto, que **NÃO** há/não foi juntado ao processo nenhum justificativa técnica suficientemente convincente para manter a exigência de **“carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%”** e, por consequência, restringir a participação da Impugnante no 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, bem como pode resultar em uma contratação que não seja a mais vantajosa.

Desta forma, mantendo-se o Edital na forma como proposta está o Órgão licitante a excluir da participação do certame empresa representante de produtos genuinamente nacionais (XCMG), reconhecidos mundialmente por sua qualidade técnica, além de ser líder de mercado em alguns de seus produtos, que geram emprego e renda nacionalmente, fomentadoras do mercado nacional e internacional.

II.II – Da XCMG:

Não obstante, a IMPUGNANTE é revendedora de produtos XCMG e, como mencionado acima, ofertaria a Rolo Compactador da marca XCMG, modelo XS123BR, 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 em mais 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 terceira 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.

Reitera-se, portanto, que a justificativa apresentada é descabida e ausente todo e qualquer caráter técnico e efetivo que possa fundamentar a exclusão da impugnante do certame.

II.III – Da Nota Técnica do MPSC:

O Ministério Público de Santa Catarina editou a NOTA TÉCNICA Nº 02/2017, em anexo, fruto da experiência recente da “operação patrôla”, a qual estabelece parâmetros de fiscalização em licitação para aquisição de máquinas pesadas, e diz o seguinte:

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:

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

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");

Oportuno registrar que, a Nota Técnica do MPSC não traz citado expressamente como impertinente as exigências de **"carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%"**, porquanto se tornou um artifício relativamente recente - que somente veio a ser utilizado após a confecção da referida nota técnica. Antes de 2017 nenhum processo licitatório abordava essas questões, justamente porque utilizavam outros artifícios para selecionar participantes. Depois de emitida a mencionada nota técnica, alguns órgãos públicos passaram a criar artifícios que anteriormente não eram utilizados.

Ou seja, conforme orienta a Nota Técnica, **apenas as especificações básicas das máquinas** devem ser descritas pois elas já bastam para caracterizar o equipamento, sendo desnecessário e excessivo o edital da licitação adentrar em detalhes que não acarretam qualquer diferença no desempenho e produtividade da máquina. Inclusive, a Nota Técnica refere claramente que embora existam especificações distintas entre um modelo e outro de máquina, todas possuem o desempenho suficiente para atender ao serviço de uma prefeitura.

Aliás, oportuno mencionar textualmente ainda o disposto na letra "b" do item 4, da referida Nota Técnica, que traz expressamente como impertinente as

exigências relacionadas à: ângulo de oscilação dos eixos, **frequência mínima ou máxima de vibração**, força centrífuga mínima ou máxima, frequência mínima ou máxima de amplitude, tamanho máximo ou mínimo do reservatório de combustível.

Em assim sendo, evidente está que as exigências de “carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%”, não estão inseridas na lista de características básicas dos equipamentos, além de serem consideradas como impertinentes.

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 **“carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%”**, porquanto, **as diversas marcas concorrentes, mesmo com algumas especificações distintas, apresentam desempenho semelhante para o serviço de uma Prefeitura Municipal adequando-se ao porte do equipamento.**

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.

Ante o exposto, deve ser dado procedência a presente impugnação para que seja retificada a descrição supra com vistas a abster-se de exigir “carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%”, 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 restrição excessiva e/ou favorecimento do instrumento licitatório à marca específica.

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)².

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

² STJ, Mandado de Segurança n.. 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 10.08.98.

prestação vantajosa, adotando exigência técnica, SEM QUALQUER FUNDAMENTO TÉCNICO que o justifique.

NÃO ESQUECENDO QUE A PRIMEIRA PUBLICAÇÃO DO EDITAL CONTINHA NÍTIDO DIRECIONAMENTO PARA EQUIPAMENTO DA MARCA JCB. EM QUE PESE A RETIFICAÇÃO TER DADO CONTA DE CORRIGIR ESSA SITUAÇÃO, AINDA É POSSÍVEL DIZER QUE AS EXIGÊNCIAS IMPUGNADAS PODEM VIR A FAVORECER A REFERIDA MARCA, MAIS UM MOTIVO PELO QUAL, DEVE SER NOVAMENTE CORRIGIDO O EDITAL, À FIM DE CONFERIR TOTAL AMPLITUDE NA DISPUTA.

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 conjuntamente 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.³

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

³ TCU: Acórdão 241/2005, Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. DOU 24/03/05.

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.⁴

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 qualquer espécie.⁵

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

⁴ Recurso Especial n. 361736 / SP; DJ de 31/3/03, p. 00196; Min. Franciulli Netto.

⁵ 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.

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.⁶

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

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

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 262.

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, desnecessária são as exigências de **“carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%”**.

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 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, pois ausente qualquer justificativa TÉCNICA, bem como qualquer documentação técnica/laudo que sirva de comprovação dos motivos da manutenção dessas exigências.** Uma vez que a justificativa apresentada, além de impertinente, porquanto está mais para uma garantia/obrigação contratual, do que para uma exigência técnica.

Este é um ponto importante: as exigências quanto à especificação técnica devem ser obrigatoriamente motivadas tecnicamente. 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.⁷

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 que o Rolo Compactador, tenha “carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%”, merece ser revisto pela IMPUGNADA, pois compromete o caráter competitivo do certame.**

IV – DOS PEDIDOS

⁷ TCU, TC 007.358/02, Acórdão 32/03.

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 e/ou que restrinjam a competitividade do certame.

ANTE O EXPOSTO, requer a IMPUGNANTE em relação ao Edital do Pregão Eletrônico n. 037/2021 (Processo Licitatório n. 64/2021):

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, atendimento2@macromaq.com.br e juridico@macromaq.com.br, bem como toda e qualquer intimação a ser feita à IMPUGNANTE, sob pena de nulidade.

c) Ante a análise técnica, postula seja suspensa a licitação para adequação do EDITAL, suprimindo as ilegalidades ora questionadas, para promover as alterações técnicas suscitadas em relação ao Rolo Compactador, a fim de **abster-se em exigir "carga linear estática mínima de 34 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 50%"**.

d) Alternativamente, requer seja retificado o edital, com vistas a ampliar o universo de competidores, **passando a exigir apenas que o Rolo Compactador, mantidas as demais características, tenha "carga linear estática mínima de 31 kg/cm e capacidade teórica de subir em rampa com vibração mínima de 45%"**, o que passaria a comportar todos os concorrentes do mercado, republicando-se, assim, seu texto e reabrindo novo prazo;

e) 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, 11 de outubro de 2021.


MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA

CNPJ/MF: 83.675.413/0001-01

Arhaan Sadhan Rech Ferreira

Procurador

CPF n. 075.602.779-93/ RG 4.864.174 SSP/SC