

TRANSMISSÃO DE FAX - 8ª SR

DATA	20/08/2019	QUANT. DE PÁGINAS	01	FAX Nº:	14/2019-8ª/SL
EMISSOR:	CODEVASF - 8ª SL	TEL. EMISSOR	(098) 3198-1341	FAX EMISSOR	(098) 3268-4187
DESTINATÁRIO	LICITANTES/INTERESSADOS	TEL. DESTINATÁRIO		FAX DESTINATÁRIO	

PREGÃO ELETRÔNICO (SRP) Nº 04/2019-8ªSR

PROCESSO: 59580.000485/2019-19

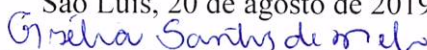
RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO 02

A COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA – CODEVASF-8ªSR, por intermédio da sua 8ª Secretaria Regional de Licitações, comunica às licitantes interessadas que o PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO ao edital do Pregão Eletrônico nº 04/2019, interposto pela empresa **XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA**, foi **INDEFERIDO**, conforme parecer da Comissão de Licitação, Designada pela Determinação Nº 067 de Ato do Superintendente Regional, de 20 de agosto de 2019, que declara:

As especificações dos equipamentos informadas no edital não se encontram em desacordo com os princípios gerais da licitação, pois a quantidade mínima exigida no edital de 06 (seis) cilindros e a Potência Mínima de 150 HP, foram assim fixados. Há necessidade de se estabelecer parâmetros técnicos mínimos exigidos de forma objetiva. Tal escolha não prejudica a competitividade do certame, pois foram comparados entre si modelos existentes no mercado com peso operacional e potência que atendam à exigência mínima. Uma redução de potência para 130HP, ou seja, 20HP a menos, contraria exigência prevista no Edital.

Informamos ainda que o processo se encontra à disposição para consulta na sala da Secretaria Regional de Licitações - 8ªSL, na Avenida Alexandre de Moura, nº 25 – Centro, São Luís – MA.

São Luís, 20 de agosto de 2019



Pregoeira,

Gisélia Santos de Melo



Membro Equipe de Apoio

Marcone Maia Leite

Membro Equipe de Apoio

Adenilson Kerlisson Carvalho de Oliveira

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETARIA REGIONAL DE LICITAÇÕES DA
OITAVA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS
VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA – COVEVASF/8ª SR –**

PREGÃO ELETRÔNICO: 004/2019

PROCESSO: 59580.000485/2019-19

OBJETO: Contratação de empresas do ramo para fornecimento, transporte, carga e descarga de tratores, implementos agrícolas e máquinas pesadas, com vistas a atender às demandas dos municípios que se destinam ao desenvolvimento de atividades agrícolas nas áreas de atuação da Codevasf/8ªSR, no Estado do Maranhão.

XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA. ("IMPUGNANTE"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o número 14.707.364/0001-10, com sede na Rodovia Federal BR 381, sem número, KM 854/855, Distrito Industrial, no município de Pouso Alegre, Estado de Minas Gerais, CEP 37550-000 (**Contrato Social**), por intermédio de seus procuradores "*in fine*" assinados e devidamente constituídos, com escritório profissional na Rua Raquel de Paula Ribeiro, número 265, Bairro Santa Eliza, no Município de Pouso Alegre, Estado de Minas Gerais, onde recebem intimações (**Procuração**), vem, perante Vossa Senhoria, com fulcro § 1º, do artigo 41, da Lei número 8.666/93 cumulado com artigo 18, do Decreto número 5.450/05 e alínea 'a', do inciso XXXIV e inciso LV, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, apresentar

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 e, via de consequência, restringe de forma ilegal a participação dos interessados, quiçá na torpe tentativa de beneficiar alguns particulares, o que faz pelos fundamentos de fato e de direito que passa a articular:

I. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE:

Em que pese o edital prever expressamente a hipótese de impugnação aos seus termos, revela-se imprescindível delinear as diversas disposições normativas que regem o juízo de admissibilidade na impugnação. A Lei 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, estabelece que:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. (...)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

(...)

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

Por sua vez, o Decreto 3.555/2000, que regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, prescreve que:

Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

Por fim, o Decreto 5.450/2005, que disciplina a realização de pregões eletrônicos, define que:

Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

§ 1º Caberá ao Pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.

Assim, observa-se que tanto a lei quanto os decretos definem que a impugnação pode ser intentada até dois dias úteis antes da realização da licitação. Da interpretação das referidas normas, que utilizam a expressão “até”, pode-se concluir que o segundo dia útil anterior ao certame também deverá estar incluído no prazo (ou seja, a impugnação poderá ser apresentada inclusive no segundo dia útil que antecede a disputa).

Tal entendimento é corroborado pelo Acórdão TCU n. 1/2007 – Plenário e pelo Acórdão TCU n. 539/2007 – Plenário, que pode ser adotado como paradigma de método a ser utilizado na contagem do prazo do caso que ora se analisa:

Ressalto, quanto à contagem de prazo para impugnações, que, (...), deve-se excluir, e não incluir, o dia marcado para o recebimento das propostas (23/03/2006). Esse ponto, entretanto, não altera o mérito da análise, uma vez que o prazo para apresentação das impugnações era o dia 21/03/2006 (dois dias antes da data fixada para o recebimento das propostas), de acordo com o subitem 11.2 do ato convocatório (fl. 47), sendo a impugnação tempestiva.

Nessa linha de raciocínio, considerando que a licitação acontecerá no dia 22/08/2019 (quinta-feira), o primeiro dia útil anterior à licitação será o dia 21/08/2019 (quarta-feira), e o segundo é o dia 20/08/2019 (terça-feira) no decorrer do qual ainda podem ser recebidas impugnações ao edital.

Ante o exposto, satisfeito as formalidades preconizadas na legislação de regência para da impugnação ao edital, espera-se que seja recebido por este ilustre Pregoeiro, à quem compete apreciá-lo e julgá-lo, requerendo, desde já, que seja dado provimento para modificar as especificações técnicas, por medida de direito e de justiça.

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

A Secretaria Regional de Licitação da Oitava Superintendência Regional da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba ("IMPUGNADO"), instaurou procedimento licitatório para registro de preço na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, do tipo menor preço por item, registrado sob o número 004/2019, tendo por objeto o registro de preço para eventual aquisição de máquinas pesadas, de acordo com as disposições constantes do edital e de seus anexos.

Para tanto, o Termo de Referência prescreve que as Pá-Carregadeiras, mormente descritas nos itens 17 e 18, dever-se-ão atender, dentre outros, a seguinte especificidade:

"(...) PÁ CARREGADEIRA: sobre rodas, potência mínima 150 HP ou unidade equivalente (...)"

Senhor Pregoeiro, a especificação adrede grifada revela-se desnecessária e inadequada 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 particulares.

É notório que os equipamentos convencionais existentes no mercado nacional com potência mínima de 130 HP desempenham exatas funções, configurando-se adequados a satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato.

Entrementes, resta evidente que a Administração Pública furtou o caráter competitivo do certame ao estabelecer exigência técnica incompatível com o princípio da proporcionalidade, em detrimento dos princípios constitucionais, o que constitui restrição velada à participação dos interessados e evidencia a prática de direcionamento.

É de comum sabença que as máquinas de construção civil são equipamentos produzidos para trabalhar em condições severas e para isto precisam de força. A força necessária para a execução de uma tarefa é originada a partir principalmente da potência do motor. Uma parte desta potência é utilizada pelos sistemas hidráulicos que acionam os implementos. O restante é utilizada para a movimentação e tração. Para que esta potência chegue até as rodas ou esteiras é necessário converter a potência do motor.

Em outras palavras, uma maior capacidade de carga ou a obtenção de velocidades mais elevadas é obtido através do projeto adequado de um sistema de transmissão juntamente com o sistema hidráulico. Proporcionando o melhor coeficiente entre as partes, obtém-se uma maior capacidade de carga e forças operacionais.

Nesse sentido, pode-se concluir que a potência do motor isoladamente não é fator preponderante para a capacidade produtiva dos equipamentos. Exemplificando, destaca-se que o equipamento XCMG, mesmo tendo uma potência menor que alguns concorrentes, possui força e capacidades de cargas superiores, conforme exposto abaixo:

DADOS	XCMG LW300BR	HYUNDAI LH740	CAT 924K	VOLVO L60F	CASE W20E
Potência (HP)	130	150	143	156	152
Força de desagregação (kgf)	13256	11340	10342	8455	8350
Carga de tombamento articulada (kg)	8622	7890	7765	7380	6512

Não se pode olvidar, outrossim, que - segundo o artigo "Learn the Facts: Weight affects fuel consumption" da Natural Resources Canadá - a potência do motor é um dos dois fatores mais importantes na contribuição do consumo de combustível de um veículo. E por questões de segurança e de desempenho de trabalho, a Pá-Carregadeira não necessita de trabalhar em altas velocidades, sendo, pois, desnecessário a exigência de equipamento com altas potência, haja vistas que esse requisito de motor apenas aumentaria o consumo de combustível sem afetar em nada diretamente no desempenho e eficiência da Pá-Carregadeira.

Corroborando o exposto, no artigo "Gestão de combustível proporciona economia com equipamentos a motor", extrai-se a conclusão de que "(...) o consumo de combustível é um dos indicadores de desempenho mais importantes para a administração de uma frota de linha amarela. Em primeiro lugar isso se deve ao alto impacto do óleo diesel e da gasolina no custo de operação dos equipamentos ao longo de sua vida útil, superando, muitas vezes, o valor de aquisição de uma máquina nova. Além disso, esses gastos têm relação estreita com a saúde do equipamento. Aqueles que possuem médias de consumo instáveis tendem a apresentar falhas de funcionamento e a exigir manutenção corretiva não programada, o que é sempre um problema para quem precisa das máquinas em pleno funcionamento. (...)"

Segundo o Estudo da Universidade Federal de Santa Maria, no artigo "Análise do consumo energético de uma obra com uso de estratégias de eficiência e ferramentas BIM: Terraplenagem e estruturas de concreto armado", a potência do motor são controladas pelo tamanho do motor, pelo diferencial, peso do equipamento e transmissão. Assim, conforme exaustivamente salientado, a potência do motor não é a única influência na velocidade de desempenho, até porque a Pá-Carregadeira não trabalha em altas velocidades por questão de desempenho e segurança.

Registre-se, ainda, que a potência do motor em uma Pá-Carregadeira não é o fator principal para o desempenho da mesma, mas sim o peso operacional. Ora, esse item refere-se ao efetivo peso que a máquina consegue carregar e dispõe sobre as forças de tração e desagregação, cujo são baseados no projeto da Pá-Carregadeira, para um consumo ideal e desempenho ideal para a faixa da Pá-Carregadeira.

Sem embargos de duntas opiniões em contrário, pode-se concluir – a partir de tais ensinamentos – que a potência do motor exigido no edital é sobremaneira elevada para uma Pá Carregadeira de peso operacional de 10 Toneladas.

À vista do exposto, o ato convocatório em debate necessita de reforma neste quesito, eis que contempla Pá Carregadeira com especificação desnecessário 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 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, data máxima vênia, não foram observados no presente certame.**

Dando efetividade ao princípio da legalidade (cf. art. 37, caput, da CR/88), os artigos 3º, 4º e 41 da Lei número 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 Pública furtou o caráter competitivo do certame ao estabelecer exigência técnica incompatível com o princípio da proporcionalidade, em detrimento dos princípios constitucionais, o que constitui restrição velada à participação dos interessados e evidencia a prática de direcionamento.

Ademais, excessiva e desproporcional é a especificação técnica alusiva a exigência de potência incompatível com o porte do equipamento, porquanto assegura discriminação desproporcional à obtenção da contratação mais vantajosa, furtando o caráter competitivo do certame, na torpe tentativa de, reitera-se, beneficiar alguns particulares.

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

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

Com efeito, os ilustres membros do *Parquet* sedimentaram entendimento de que nas licitações para compra de máquinas pesadas deve estar descrito no objeto somente as características básicas do equipamento, abstendo-se de incluir especificações numéricas exatas. Não obstante, em sendo necessário qualquer especificação alheia, deverá ser justificado o motivo de acordo com a realidade local, senão vejamos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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 pleito adrede, o que seria um desatino, requer seja dado procedência a impugnação para retificar a descrição supra com vistas a admitir Pá-Carregadeira com potência do motor mínimo de 130 HP, alterando as especificações constantes nos itens 17 e 18, do termo de referência, com vistas a ampliar o universo de competidores, dado a adequação para o fim a que se destina o equipamento, sob pena de se caracterizar direcionamento de instrumento licitatório.

III. FUNDAMENTOS DE DIREITO QUE IMPÕEM A PROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO:

3.1. 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:

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 (...) (Grifo nosso).

No âmbito específico das licitações e contratos administrativos, a Lei número 8.666/93 consagrou expressamente, em seu artigo 3º, os seguintes princípios:

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. (Grifo nosso).

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, quiçá na tentativa de beneficiar alguns particulares

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

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

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, o disposto [no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93] não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas.

Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.¹

As restrições adiante apontadas, caso ignoradas por Vossa Senhoria, implicarão na lesividade ao interesse público, vez que o escopo da licitação é ofertar com 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.²

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.

¹ TCU: Acórdão 241/2005, Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. DOU 24/03/05.

² Recurso Especial n. 361736 / SP; DJ de 31/3/03, p. 00196; Min. Franciulli Netto.

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.

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.³

Diante do exposto, conforme evidenciado, a exigência técnica inadequada ora impugnada afastará a participação de grande parte dos interessados, sem nenhuma eficiência compensatória relevante aos interesses licitados, conforme será adiante pontualmente demonstrado.

3.2. RESTRIÇÃO ILEGAL À COMPETITIVIDADE POR EXCESSO DE EXIGÊNCIA:

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 262.

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 inciso I, do § 1º, do artigo 3º, da Lei número 8.666/93, pois tem o condão de impossibilitar a participação de interessados ou gerar efeitos aptos a acarretar a derrota de um licitante, senão vejamos:

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.

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 ser motivados, observando-se, como valiosa referência, os pressupostos do art. 15, I, da Lei n. 8.666/93.

Aliás, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴ veda expressamente o tratamento distinto entre brasileiros, por meio das quais se pretende impedir ou onerar empresas estabelecidas em Municípios ou Estados distintos daqueles que promovem a licitação.

Como se vê, além de ser desnecessária, a referida exigência técnica mostra-se excessiva e desproporcional em relação ao objeto licitado, porquanto assegura discriminação desproporcional a obtenção da contratação mais vantajosa, pois furta o caráter competitivo do certame.

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.⁵

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**).

⁴ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)
III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

⁵ TCU, TC 007.358/02, Acórdão 32/03.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

Assim, considerando-se que a Constituição da República, bem como a Lei número 8.666/93 autorizam apenas as exigências mínimas necessárias à satisfatória execução do objeto licitado, **as solicitações editalícia aqui impugnadas merece ser revista pela IMPUGNADA, pois compromete o caráter competitivo do certame.**

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, requer a IMPUGNANTE:

- a) seja recebida e processada a presente impugnação, porquanto adequada e tempestiva, nos termos da legislação de regência.
- b) Seja a resposta referente a presente impugnação enviada aos e-mails ajfernandesjr@gmail.com e ana.batista@xcmgbrasil.com.br, bem como toda e qualquer intimação a ser feita à IMPUGNANTE, sob pena de nulidade.
- c) Seja dado provimento 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.
- d) Alternativamente, na remota hipótese de Vossa Excelência indeferir o pleito adrede, o que seria um desatino, requer seja dado procedência a impugnação para retificar a descrição supra com vistas a admitir Pá-Carregadeira com potência do motor mínimo de 130 HP, alterando as especificações constantes nos itens 17 e 18, do termo de referência, para a ampliar o universo de competidores.
- e) Alternativamente, na hipótese de indeferimento dos pedidos adrede, requer seja encaminhada cópia da presente impugnação ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas para que tome conhecimento das irregularidades aqui questionadas.
- f) Que seja acatada a presente impugnação, julgando procedentes todos os seus pedidos, sob pena de caracterizar direcionamento do certame.

g) Protesta provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, especialmente por prova pericial e documental.

Nestes Termos.
Pede espera deferimento.

Pouso Alegre/MG, 19 de agosto de 2019.



ADÃO JOSÉ FERNANDES JÚNIOR
OAB/MG 178.303