

Município de Galvão - SC

Edital de Pregão Presencial nº 050/2019 - Processo Administrativo nº 119/2019.

Data/hora da sessão: 23.12.2019 às 09:00 horas.

Objeto: **ESCAVADEIRA HIDRÁULICA**

Matéria impugnada: 1. Fabricação Nacional;
2. Profundidade mínima de escavação de 5.500mm.

BERTINATTO MAQUINAS EIRELLI - EPP, CNPJ 11.920.102/0001-41,
Rua Voluntários da Pátria/1013, Floresta, Porto Alegre/RS, CEP 90.230-011, concessionária da *LiuGong Latin América Máquinas para Construção Pesada Ltda* (CNPJ 11.920.102/0001-41), vem, com base no art. 41, § 2º da *Lei Federal n.º 8.666/93*, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao presente Edital.

A impugnante é interessada em participar da presente licitação, mas o edital faz exigências ilegais que restringem a competição e contrariam as Leis Federais nº 10.520/02 (*Lei do Pregão*) e nº 8.666/93 (*Lei Geral de Licitações*) e outros dispositivos legais e constitucionais, conforme exposto a seguir.

1. Da Restrição da Competição

O quadro comparativo baixo reúne as marcas e modelos de escavadeiras hidráulicas do mercado e faz o confronto de suas especificações com as exigências do edital, demonstrando a restrição da competitividade no certame, uma vez que apenas uma empresa possui máquina que atende plenamente às exigências do edital.

Especificações	Solicitação mínima de edital	Escavadeira 14 Toneladas										Galvão - SC			PP	050/2019	
		01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	
Capacidade do Tanque de Óleo	225 lit																
Capacidade do Tanque de Água	2.200 lit																
Motor	80																
Motor de Óleo	4																
Press Operacional *	14.000 kg																
Capacidade do Tanque	400 mm																
Largura da Máquina 600mm	Mín. 2500 mm																
Mín. 2400 mm																	
Motor de Óleo Superior	2																
Tanque de Embulkador	200 lit																
Tanque de Água	4.000 mm																
Profundidade de Escavação	5.500 mm																
Fabricação Nacional	Sim																

Tal restrição não se justifica uma vez que todas as máquinas possuem especificações idênticas, com ínfimas diferenças entre os modelos, e portanto, apresentam o mesmo desempenho e produtividade, atendendo igualmente à demanda de uma prefeitura municipal. Em razão disso, estas ínfimas diferenças não servem como fundamento para criar uma distinção entre as marcas e empresas, uma vez que não acarretam qualquer diferença efetiva e prática na prestação do serviço público pela máquina.

2. Exigência Fabricação Nacional

O edital exige **fabricação nacional**, e com isto, proíbe a oferta de produtos estrangeiros no certame. Tal exigência é ilegal, pois a adm. pública só pode fazer aquilo que está autorizado por **L E I**, e o edital, bem como a licitação, são atos administrativos formais,

Sandra Maria Turmina
Setor de Licitações
GPF 026 760 459-97

Recebido 16/10/2019

conforme o art. 4º, parágrafo único da Lei Federal nº 8.666/93, não podendo o poder público criar *deveres* ou *obrigações* para as pessoas, físicas ou jurídicas, por simples *ato administrativo*.

Em razão do princípio da legalidade, previsto no art. 37, caput da Constituição Federal, a adm. pública só pode fazer o que está previsto em lei:

“Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (2003:86)...”¹ [Grifei]

O princípio da legalidade está previsto na Constituição/88:

“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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

“Art. 5º. “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

Sobre o art. 5º, II acima, Maria Sylvania Zanella **Di Pietro** arremata:

“Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.”²

Nos exatos termos do parágrafo único do art. 4º da Lei Federal nº 8.666/93, “o procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal...”. e não pode a adm. pública por meio de *ato administrativo* impor vedações não previstas e autorizadas em “Lei” – Lei em sentido “estrito” – pois *ato administrativo* não é “Lei”, pelo contrário, é abaixo dela, é subalterno a Lei, e se contrariar a mesma, será nulo, de pleno direito.

Nenhuma “Lei” no Brasil, tampouco a própria *Constituição*, que não é Lei, mas a *norma maior de todas que existem*, autoriza a Adm. Pública a exigir **Fabricação Nacional** pois isso *veda* produtos estrangeiros em licitações, e portanto, impõe uma restrição aos licitantes, o que contraria o princípio da igualdade e da competitividade, gera uma discriminação quanto à origem dos produtos e cria uma cláusula de reserva de mercado, que beneficia determinadas marcas e empresas e prejudica o erário pelo custo de aquisição maior decorrente disso. Veja-se:

Constituição Federal, Art. 37º, Inciso XXI:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as

¹ **DY PIETRO**, Maria Sylvania Zanella; DIREITO ADMINISTRATIVO; 30ª ed. RJ, Forense, 2017. Versão Digital, item 3.3.1.

² Idem.

exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” [Grifei.]

A **Lei Federal** nº 8.666/93 não autoriza a Adm. Pública fazer exigência de **origem** ou **procedência** do bem objeto da licitação, pois o objetivo da Lei é **ampliar a competitividade** ao invés de restringi-la. Confira-se:

Lei Federal nº 8.666/93

“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.” [Grifei]

§ 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; [Gf.]

A *Lei do Pregão* também não autoriza a exigência em questão:

Lei Federal nº 10.520/02

Art. 1º Para aquisição de **bens** e serviços **comuns**, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se **bens** e serviços **comuns**, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos **padrões de desempenho e qualidade** possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de **especificações usuais no mercado**. [Gf.]

A *Lei do Pregão* é clara do dizer que o pregão será adotado para a aquisição de bens cujos padrões de “desempenho” e “qualidade” possam ser objetivamente definidos no edital; todavia, a ***fabricação nacional*** é uma exigência que não diz respeito a nenhum “padrão de **desempenho**” ou “padrão de **qualidade**”, mas sim, diz respeito à **procedência** do produto, o que não é o objetivo da lei do pregão.

Importante destacar que não existe a possibilidade de desabastecimento de peças de reposição de máquinas importadas, pois as máquinas estrangeiras utilizam as mesmas peças das máquinas nacionais, uma vez que estas peças são fabricadas por empresas que só fabricam esses componentes, o que gera economia de escala para as montadoras e para o consumidor. As peças das máquinas pesadas são componentes “padronizados, seja qual for o país de origem ou procedência da máquina pesada, não sendo utilizadas peças de projetos “arsenais”. Tudo isso torna o mercado de reposição abastecido com amplo estoque de peças e preços mais acessíveis, não havendo qualquer dificuldade de encontrar as peças.

Nessa linha, o **TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA – TCE-SC**, conforme o Informativo de Jurisprudência do TCE/SC nº 027 (período 01 a 31 de agosto/16) quando do julgamento da REPRESENTAÇÃO 11/00514675 e 14/00582064:

“ O TCE/SC considerou irregulares os Editais de Pregão Presencial lançados conjuntamente pela Prefeitura Municipal e Fundo Municipal de Saúde de São João do Itaperiú, para registro de preços de pneus novos, câmaras e protetores de fabricação nacional para atender veículos e máquinas daquelas Unidades. A decisão foi proferida em face de Representação formulada a esta Corte de Contas por empresa de comércio de peças para veículos, manifestando inconformismo sobre as exigências de fabricação nacional, da prova de inscrição do licitante junto à Agência Nacional da Indústria de Pneumáticos - ANIP e das declarações em nome do fabricante de pneus, constantes do Edital de Licitação, e requerendo o cancelamento do processo licitatório. Aplicou multas individuais ao Prefeito, à Gestora do Fundo de Saúde e à Pregoeira da Prefeitura Municipal, em face da inclusão de cláusulas restritivas em Editais de Pregão Presencial, posto que tal procedimento afronta o disposto no inciso I do §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93. O Tribunal entendeu que “a exigência de que o bem seja de fabricação nacional gerou limitação à competitividade do certame, maculando a contratação e os princípios norteadores do processo licitatório”. Esse também foi o entendimento firmado por esta Casa em casos idênticos, conforme autos REP 11/00514675 e REP 14/00582064. No mais o Relator ponderou que “a exigência de registro da marca junto à Associação Nacional da Indústria de Pneumáticos - ANIP restringe a oferta de marcas e produtos importados, dando preferência para os pneus nacionais, em afronta ao disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e ao inciso I do art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93”. No que diz respeito à exigência de declaração do fabricante de que a marca possui corpo técnico no Brasil, bem como de que os pneus são homologados junto a montadoras nacionais ou instaladas nesse país, o Tribunal sustentou que “em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio ao certame, cujo entendimento, inclusive, já foi sumulado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo por meio da Súmula nº 15”. Por fim, recomendou à Prefeitura Municipal de São João do Itaperiú que (...) se abstenha de exigir exclusivamente produtos de fabricação nacional, em atenção ao disposto no art. 3º, §1º, I e II, da Lei nº 8.666/93. REP-15/00348578. Rel. Cons. Hemeus de Nadal.” [Grifei]

Outrossim, o **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU** inspira a jurisprudência das cortes de contas regionais e locais, para quem:

Tribunal de Contas da União - TCU

“GRUPO II – CLASSE – Plenário -TC 017.680/2016-6

Natureza(s): Relatório de Acompanhamento

Órgãos/Entidades: Ministério da Defesa/comando da Aeronáutica (vinculador); Ministério da Defesa/comando da Marinha (vinculador); (...)

VOTO

Em análise acompanhamento realizado para identificar e categorizar as falhas verificadas pelo TCU nos procedimentos de aquisições logísticas realizados por unidades militares da Região Sudeste (...)

1. Falhas relacionadas à elaboração do instrumento convocatório da licitação
(...)

i) exigência indevida, no edital, de que o bem ofertado pelas licitantes seja obrigatoriamente de fabricação nacional – cf. Voto que integra o Acórdão 1.594/2015–TCU–2ª Câmara;

ACÓRDÃO 1324/2017 – PLENÁRIO 28.06.2017

Esta jurisprudência do TCU não é recente, confira-se:

“ADMINISTRATIVO. RELATÓRIO DE GRUPO DE TRABALHO CONSTITUÍDO POR DETERMINAÇÃO DO ACÓRDÃO 2241/2011-TCU-PLENÁRIO (...) **É ILEGAL ESTABELECEER VEDAÇÃO A PRODUTOS E SERVIÇOS ESTRANGEIROS EM EDITAL DE LICITAÇÃO.**(...) DISPOSITIVOS ACRESCIDOS PELA LEI 12.349/2010 AO ART. 3º, § 8º, DA LEI 8666/1993. DETERMINAÇÕES.

(...)

CORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, em acolhimento ao Parecer do Relator, em:

9.1. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), para que, no papel órgão central do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, informe aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal que:

9.1.1. é ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a Lei 12.349/2010 não previu tal situação; e

(...)

(TCU, AC 1317/2013, Plenário (...))”

Neste acórdão foi dito que:

“a origem dos bens e serviços objeto de certames públicos só tem influência como critério de desempate” (...) “o novo Estatuto das Licitações e Contratos segue a tendência mundial de eliminação da reserva de mercado nas economias modernas, como forma de estimular a salutar concorrência” (...) “busca-se, com isso, forçar o convívio do setor produtivo nacional em ambiente competitivo, que vem a ser o melhor incentivo à eficiência.” TC 002.481/2011-1.

Portanto, não pode a adm. pública municipal exigir **fabricação nacional** porque a lei não lhe autoriza e porque contraria a jurisprudência contábil do **Tribunal de Contas de Santa Catarina – TCE/SC** e do **Tribunal de Contas da União – TCU**.

Ressalta-se que não há nenhuma *justificativa* no Edital para a Fabricação Nacional e a *justificativa* é requisito **formal** do ato administrativo – no caso o *Edital* - e o dever legal de justificar o ato está contido no art. 3º, I da Lei 10.520/02, segundo o qual “a autoridade competente justificará a necessidade de contratação...”. Além disso, confira-se este Acórdão do Tribunal de Constas da União:

A Administração deve fundamentar tecnicamente quaisquer exigências de especificações ou condições com potencial de restringir o universo de competidores, assim como evitar o detalhamento excessivo do objeto, de modo a não direcionar a licitação. Acórdão n.º 2.407/2006 - Plenário, Denúncia, rel. Min. Benjamin Zymler, 06.12.2006

Além da falta de *justificativa*, inexistente **motivo** para a exigência da fabricação nacional, e sem *justificativa* e sem **motivo**, o ato administrativo padece de nulidade:

Lei Federal nº 4.717/65 - Lei da Ação Popular

Art. 2º São **nulos** os **atos lesivos** ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

(...)

b) vício de **forma**;

(...)

d) **inexistência dos motivos**;

(...)

Parágrafo único. Para a **conceituação** dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas

(...)

b) o vício de **forma** consiste na **omissão** ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à **existência** ou **seriedade** do ato;

(...)

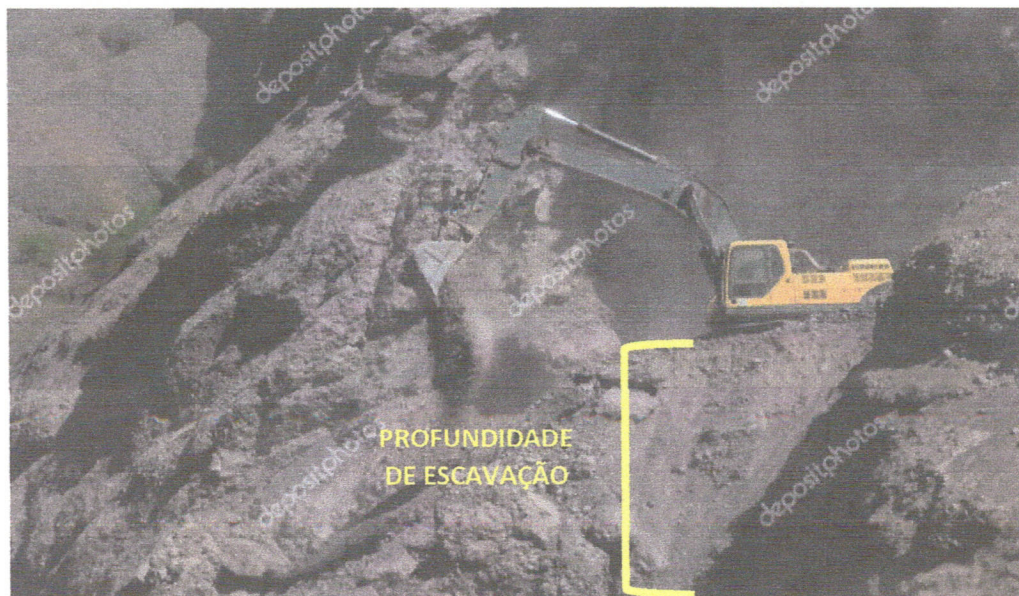
d) a **inexistência dos motivos** se verifica quando a **matéria de fato** ou de direito, em que se **fundamenta** o ato, é materialmente inexistente ou **juridicamente inadequada** ao resultado obtido;

Não há **motivo** no ato administrativo para permitir a exigência da **fabricação nacional** e a **forma** do ato também não foi observada, pois inexistente **justificativa** para tal exigência. Mesmo que houvesse, seria infundada, pois não se pode justificar uma exigência que a Lei não autoriza seja feita.

3. Da Profundidade mínima de escavação de 5.500mm

O Edital exige que escavadeira licitada tenha “**Profundidade máxima de escavação de no mínimo 5.500mm**” (5 metros e 50 cm) e a Escavadeira Liu Gong 915E da autora tem **5.470 mm** (5 metros e 47 cm), ou seja, uma **diferença de 3 centímetros**.

As figuras abaixo demonstram o que é a “profundidade de escavação”; é a capacidade atingida pela máquina ao realizar a operação de escavação medida para baixo, a partir do nível do solo até a extremidade do dente da caçamba:



Tais imagens revelam o tipo de operação em questão e mostram que se está diante de um patamar de vários e vários metros de profundidade entre o solo e a extremidade da caçamba, onde 3 centímetros (!!!) a mais ou a menos não farão com que seja escavado ou removido uma quantidade maior ou menor material, tampouco fará com que o “buraco” ou “fenda” que a máquina esteja trabalhando seja maior ou mais profundo.

Uma escavadeira hidráulica serve para escavar, desagregar e remover terra, lixo, pedras e entulho e materiais granulares, os quais, são todos de formato irregular, onde poucos centímetros não farão qualquer diferença no desempenho e produtividade da máquina, como bem ilustra a imagem acima.

Diante do serviço robusto e pesado que as escavadeiras realizam, revela-se excessivo o edital exigir especificações milimétricas e altamente precisas, justamente porque o serviço que a máquina realiza não é milimétrico, mas robusto e pesado.

Neste sentido, a exigência da “*Profundida de escavação mínima de 5.500mm*” revela-se como especificação excessiva e ilegal, conforme a *Lei do Pregão*:

Lei Federal nº 10.520/02 - Lei do Pregão

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição; [Grifei]

Incide no caso a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal – STF:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Segundo a Lei Federal nº 9.784/99, a Adm. Pública obedecerá, dentre outros, aos *princípios da razoabilidade e proporcionalidade* (art. 2º), o que predetermina a adequação entre os meios e fins nas decisões do Poder Público.

Conforme *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*:

“Embora a Lei no 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 65/27). Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder

Judiciário poderá corrigir a ilegalidade (Capítulo 7, item 7.8.5).³ [sem grifo no original]

Neste sentido, a exigência da adm. pública além de ser ilegal, revela um meio manifestamente inadequado para alcançar as finalidades legais previstas na Lei Federal nº 8.666/93 (art. 3º) e Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/02).

DOS PEDIDOS

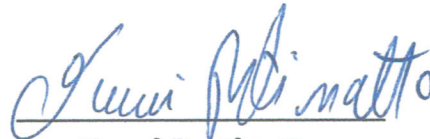
Por todo exposto, requer a impugnante:

a) Sob pena de nulidade por violação do *contraditório* e *ampla-defesa*, seja decidida a presente impugnação e apresentada, fundamentadamente, a resposta quanto ao fundamento e necessidade das duas exigências ora impugnadas;

b) No mérito, requer a procedência da IMPUGNAÇÃO, com a retificação do edital e retirada de todas as exigências impugnadas.

Nestes termos, pede deferimento.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 2019



Neuri Bertinatto

CPF: 589.382.490-34

Sócio - Diretor

admcomercial@priorigrupo.com.br

Fone: 51 3061.2221

VECCCHIO & EMERIM ADVOGADOS
JOSÉ VECCCHIO FILHO
OAB/RS 31.437

11.920.102/0001-41

EMERIM DE CASTRO EKMAN
OAB/RS 97.938

BERTINATTO MAQUINAS EIRELI - EPP

RUA VOLUNTÁRIOS DA PÁTRIA, 1013
FLORESTA - CEP 90230-011

PORTO ALEGRE-RS

³ DY PIETRO, Maria Sylvania Zanella; DIREITO ADMINISTRATIVO; 30 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017. Versão Digital (3.3.12)