

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMPANHIA DE
DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA-
CODEVASF**

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO
SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS – SRP
N.º 05/2021

Objeto: fornecimento, transporte, carga,
Descarga e montagem de máquinas pesadas e
caminhões, para atender as demandas dos
municípios inseridos na área de Abrangência
atendida pela 6ª

Superintendência regional da CODEVASF, no
Estado da Bahia.

XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA. (“XCMG Brasil”), 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 37.556-830 (**Contrato Social**), por intermédio de seu procurador “*in fine*” assinado e devidamente constituído, com escritório profissional na Rua Coronel Otávio Meyer, número 160, Bairro Centro, no Município de Pouso Alegre, Estado de Minas Gerais, CEP 37.550-000, onde recebe intimações (**Procuração**), vem, perante Vossa Senhoria, com fulcro no artigo 24, do Decreto Federal número 10.024, de 20 de setembro de 2019, cumulado com § 1º, do artigo 41, da Lei número 8.666, de 21 de junho de 1993, e alínea ‘a’, do inciso XXXIV e inciso LV, ambos do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital contra patente nulidade do instrumento convocatório por restringir de forma ilegal a participação dos interessados, especificadamente por consagrar condições discriminatórias

fundada em critérios não pertinentes ou irrelevantes para o objeto da contratação e, via de consequência, por restringir de forma ilegal a participação de interessados, quiçá na tentativa de beneficiar alguns particulares com o possível direcionamento do presente certame, o que faz pelos fundamentos de fato e direito que passa a articular:

INTROITO

-I-

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

1. O Edital, em sua cláusula 5.1, estabelece que as impugnações deverão ser protocolizadas em **até** 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública¹.

2. Da interpretação da expressão “até”, pode-se concluir que o terceiro dia útil anterior ao certame também deverá estar incluído no prazo, ou seja, a impugnação poderá ser apresentada inclusive no terceiro dia útil que antecede a disputa.

3. 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.

4. Nessa linha de raciocínio, considerando que a licitação acontecerá no dia 25/10/2021 (quarta-feira), o primeiro dia útil anterior à licitação será o dia 22/10/2021 (sexta-feira), o segundo é o dia 21/10/2021 (quinta-feira) e o terceiro dia é 20/10/2021 (quarta-feira), no decorrer do qual ainda podem ser recebidas as impugnações aos termos do edital.

¹ EDITAL: “5.1 Até 3 (três) dias úteis, antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do Pregão na forma eletrônica.”

5. Ante o exposto, satisfeito as formalidades preconizadas na legislação de regência para da impugnação ao edital, espera-se que seja recebido por Vossa Excelência, a 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.

MÉRITO

-II-

CONDIÇÃO DISCRIMINATÓRIA FUNDADA EM CRITÉRIO NÃO PERTINENTE E IRRELEVANTES PARA O OBJETO DA CONTRATAÇÃO

6. As condições do instrumento convocatório estão limitando injustamente o universo de competidores, porquanto consagra especificação técnica não pertinente e/ou não relevante para o objeto da contratação, o que constitui restrição velada à participação dos interessados e evidencia o direcionamento do certame, conforme passa-se a demonstrar:

7. A COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA (“CODEVASF”) deflagrou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, do tipo menor preço total por item, registrado sob o número 05/2021 - CODEVASF, tendo por objeto o fornecimento, transporte, carga, Descarga e montagem de máquinas pesadas e caminhões, para atender as demandas dos municípios inseridos na área de Abrangência atendida pela 6ª Superintendência regional da CODEVASF, no Estado da Bahia, de acordo com as disposições constantes do edital e seus anexos.

8. Interessada em participar do certame, a XCMG Brasil 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 ora perseguido.

9. 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.

10. No entanto, 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.

11. 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.

12. 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.

13. 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.

14. 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.

15. 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

16. Diante das ilegalidades encontradas no texto convocatório, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada restarão indubitavelmente comprometidas, motivo pelo qual a XCMG Brasil investe-se contra os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação, requerendo seja modificado as seguintes especificações:

-(A)-

ITEM 02 E 03- Retroescavadeira hidráulica gabinada, eixo frontal

4x4

17. O Edital prescreve que o Equipamento Rodoviário Tipo Retroescavadeira hidráulica gabinada, eixo frontal 4x4, mormente descrita nos itens 02 e 03, do Anexo I - Termo de Referência – o objeto, atender-se-á, dentre outros, o motor 6 cilindros (ou superior), alternador de capacidade mínima de 120 A e 750 CCA, *in verbis* (sem grifo):

“(...) Motor 6 cilindros (ou superior) (...)”

“(...) alternador com capacidade min. 120 A (...)”

“(...) 750CCA (...)”

18. Ilustre pregoeiro, conforme se observa a especificação adrede grifada se revela desnecessária e/ou excessiva a efetivar a finalidade do bem, em detrimento do caráter competitivo, isto porque, a todo sentir, instrui-se a não selecionar proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares.

19. **É notório, no entanto, que os equipamentos convencionais existentes no mercado brasileiro, especificadamente com motor de 4 cilindros (ou superior), alternador com capacidade mínima de 75 A e bateria de 650 CCA , desempenham exatas funções, mostrando-se adequados a satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato.**

20. Segundo Santos (2013), “três, quatro, seis cilindros ou quantos quiser, não tem nada a ver com a questão de potência do motor. O que determina a potência do motor é o torque e a rotação. Já o torque é determinado pela quantidade de cilindradas cúbicas do motor. Podemos dizer que, quanto maior o cilindro do motor, mais torque ele pode ter, o que não está ligado com a quantidade de cilindros e sim com o tamanho desses cilindros.”

21. Devemos lembrar também que, comparando os motores de 4 cilindros com os de 6 cilindros, temos a menos 2 unidades de pistão, anéis, pino de pistão, biela, válvulas e suas respectivas molas, além de um virabrequim mais curto e compacto. Tudo isso gerando menos peso e atritos quando o motor funciona. Cilindros são sujeitos a desgaste devido a

fricção exercida pelos segmentos sobre a superfície, por isso, em motores de 6 cilindros, a manutenção é mais cara.

22. Hoje no mercado, nenhum fornecedor de retroescavadeira utiliza motores acima de 100 Hp e 6 cilindros, sendo padronizado com motores de 4 cilindros. Abaixo, segue comparativo técnico dos motores dos concorrentes e as imagens retiradas do catálogo dos próprios sites.

DADOS	XCMG (870BR- I)	CASE (580N)	CAT (416F2)	JCB (3CX)	JCB (4CX)	JD (310L)	NEW HOLAND (B95B)	UN FORKLIFT (un40)	MULLER (MR406)
Potência (HP) bruta	100	85	93	92	100	88	97	103	100
Cilindros	4	4	4	4	4	4	4	4	4
Cilindrada (l)	4.3	4.4	4.4	4.4	4.4	4.5	4.5	4.3	4.3

Tabela 1: Informações de motores retroescavadeiras.

23. Portanto, pede-se a alteração do item uma vez que o projeto inicial da XCMG atende a todas as características do edital e do mercado brasileiro, não sendo necessária a utilização de do motor com 6 cilindros superdimensionado conforme pedido.

24. O alternador é uma máquina com a finalidade de transformar a energia mecânica em energia elétrica, sendo elaborado através de um projeto que interliga a fabricante do motor e a engenharia da fabricante de máquinas para suprir todas as necessidades do mercado. A especificação solicitada do alternador com capacidade mínima de 120 A, não tem viés de eficiência, uma vez que o alternador foi projetado para atender a demanda das características da máquina.

25. Além disso, como a máquina solicitada não tem nenhuma característica adversa da máquina padrão, não há a necessidade de um alternador com amperagem maior, visto que o próprio está vinculado para fornecer energia para o compressor, módulo elétrico e faróis.

26. Portanto, pede-se a alteração do item uma vez que o projeto inicial da XCMG atende a todas as características do edital e do mercado brasileiro, não sendo necessária a utilização de um alternador superdimensionado conforme pedido.

27. Por fim, o CCA é uma sigla em inglês de Cold Cranking Amps, que significa Amperes de Arranque à Frio. É a quantidade de corrente que uma bateria pode fornecer a uma temperatura de -18 ° C.

28. Como os equipamentos operarão na Bahia, onde ao longo do ano, a temperatura na Bahia varia entre 22°C e 31°C. De acordo com especialistas em meteorologia, o clima no estado raramente é menor do que 20°C e superior a 33°C.

29. Portanto, pede-se a alteração do item uma vez que o projeto inicial da XCMG atende a todas as características do edital e do mercado brasileiro, não sendo necessária a utilização de uma bateria com CCA superdimensionado conforme pedido.

30. 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.

31. 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.

32. **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.**

33. **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 exigir retroescavadeira – item 02 e 03 – com Motor 4 cilindros (ou superior), alternador com capacidade mínimo 75 A e bateria de 650 CCA com vistas a ampliar o universo de competidores.**

-(B)-

ITEM 05- MOTONIVELADORA

34. O Edital prescreve que o Equipamento Rodoviário Tipo MOTONIVELADORA (MN), mormente descrita no item 05, do Anexo I - Termo de Referência – o objeto, atender-se-á, dentre outros, o escarificador traseiro com 09 dentes (ou superior), in verbis (sem grifo):

(...) Escarificador Traseiro com 09 dentes (Ou Superior) (...).”.

35. Ilustre pregoeiro, conforme se observa a especificação adrede grifada se revela desnecessária e/ou excessiva a efetivar a finalidade do bem, em detrimento do caráter competitivo, isto porque, a todo sentir, instrui-se a não selecionar proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares.

36. **É notório, no entanto, que os equipamentos convencionais existentes no mercado brasileiro, especificadamente com Ripper Traseiro com 05 dentes, desempenham exatas funções, mostrando-se adequados a satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato.**

37. Através da Tabela 2 (abaixo) é possível perceber que a característica solicitada do edital a respeito do porta-pontas não faz jus aos fornecedores de motoniveladoras, tendo vista que somente uma fornecedora atende ao requisito.

Dados	XCMG (GR1803BR)	CASE (865BZDF)	CAT (12M)	JD (770G)	NEW HOLLAN D (RG140B)	SANY (STG190C -8)
Ripper/ escarificado r	5	5	9	11	5	NÃO POSSUI

Tabela 2: Número de porta-pontas do escarificador dos fornecedores de motoniveladoras.

38. Portanto, pede-se a alteração da característica da máquina para que possua no mínimo 5 dentes no Ripper e não possua escarificador, uma vez que a eficiência da

máquina está relacionada ao número de passadas sobre a faixa para completar a operação, extensão percorrida em cada passada (km), velocidade em cada passada (km/h) e fator de eficiência.

39. Por todo o exposto, o ato convocatório em debate necessita de reforma neste quesito, eis que contempla motoniveladora (mn) com especificação desnecessária para assegurar a boa execução do futuro contrato, e, via de consequência, tem o condão de impossibilitar a participação de interessados.

40. 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.

41. 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.

42. **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.**

43. **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 exigir motoniveladora – item 05 – com Ripper Traseiro com 05 dentes (ou superior) com vistas a ampliar o universo de competidores.**

-(E)-

ITEM 04- ROLO COMPACTADOR

44. O Edital prescreve que o Equipamento Rodoviário Tipo ROLO COMPACTADOR, mormente descrita no item 04, do Anexo I - Termo de Referência – o objeto, atender-se-á, dentre outros, motor 6 cilindros (ou superior) in verbis (sem grifo):

“(…) Motor 6 cilindros (ou superior) (…).

45. Ilustre pregoeiro, conforme se observa a especificação adrede grifada se revela desnecessária e/ou excessiva a efetivar a finalidade do bem, em detrimento do caráter competitivo, isto porque, a todo sentir, instrui-se a não selecionar proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares.

46. **É notório, no entanto, que os equipamentos convencionais existentes no mercado brasileiro, especificadamente com motor 4 cilindros, desempenham exatas funções, mostrando-se adequados a satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato.**

47. Conforme se observa a especificação adrede grifada se revela desnecessária e/ou excessiva a efetivar a finalidade do bem, em detrimento do caráter competitivo, isto porque, a todo sentir, instrui-se a não selecionar proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares.

48. Segundo Santos (2013), “três, quatro, seis cilindros ou quantos quiser, não tem nada a ver com a questão de potência do motor. O que determina a potência do motor é o torque e a rotação. Já o torque é determinado pela quantidade de cilindradas cúbicas do motor. Podemos dizer que, quanto maior o cilindro do motor, mais torque ele pode ter, o que não está ligado com a quantidade de cilindros e sim com o tamanho desses cilindros.”

49. Devemos lembrar também que, comparando os motores de 4 cilindros com os de 6 cilindros, temos a menos 2 unidades de pistão, anéis, pino de pistão, biela, válvulas e suas respectivas molas, além de um virabrequim mais curto e compacto. Tudo isso gerando menos peso e atritos quando o motor funciona. Cilindros são sujeitos a desgaste devido a fricção exercida pelos segmentos sobre a superfície, por isso, em motores de 6 cilindros, a manutenção é mais cara.

50. Portanto, pede-se a alteração do item uma vez que o projeto inicial da XCMG atende a todas as características do edital e do mercado brasileiro, não sendo necessária a utilização de do motor com 6 cilindros superdimensionado conforme pedido.

51. Por todo o exposto, o ato convocatório em debate necessita de reforma neste quesito, eis que contempla 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.

52. 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.

53. 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.

54. **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.**

55. **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 exigir rolo compactador - item 04 – motor 4 cilindros (ou superior), com vistas a ampliar o universo de competidores.**

-III-
**FUNDAMENTOS DE DIREITO QUE IMPÕEM A PROCEDÊNCIA
DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO**

-(A)-

PREMISSAS E PRINCÍPIOS BÁSICOS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES

56. 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 (...).

57. No âmbito específico das licitações e contratos administrativos, a Lei nº. 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.

58. 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.**

59. 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.

60. 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.

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

“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.**”.

62. 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.**

63. **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.**

64. 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.

65. **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.

66. As restrições adiante apontadas, caso ignoradas pela 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.

67. 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

68. 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

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

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.

69. 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.

70. 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 Federativa de 1988.

71. De fato, a igualdade de oportunidades nas licitações foi consagrada na própria Constituição e configura conquista democrática essencial ao exercício pleno das garantias constitucionais, como bem destaca José dos Santos Carvalho Filho:

A se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam aliados todos os demais, o que seria de se lamentar, tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação.³

72. **Diante do exposto, conforme evidenciado, as exigências técnicas inadequadas ora impugnada possui o condão de afastar a participação de grande parte**

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

dos interessados, sem nenhuma eficiência compensatória relevante aos interesses licitados, conforme será adiante pontualmente demonstrado.

-(B)-

RESTRICÇÃO ILEGAL À COMPETITIVIDADE POR EXCESSO DE RESTRICÇÕES

73. 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.

74. 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, *ipsis litteris* (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.

§ 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 **estabelecem 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;

75. 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 fundada 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.

76. 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 referência, os pressupostos do art. 15, I, da Lei n. 8.666/93.

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

78. 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.⁴

79. 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, **as solicitações editalícia aqui impugnadas merece ser revista pela Administração, pois compromete o caráter competitivo do certame.**

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, requer a XCMG Brasil:

- a) seja recebida e processada a presente impugnação, porquanto tempestiva e adequada.
- 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 XCMG Brasil, sob pena de nulidade.

⁴ TCU, TC 007.358/02, Acórdão 32/03.

c) seja dado procedência a presente impugnação para retificar a descrição supra com vistas a exigir:

c.1) Retroescavadeira hidráulica - item 02 e 03 – motor 4 cilindros (ou superior) e alternador com capacidade mínimo 75 A e 650 CCA;

c.2) Rolo Compactador – item 04 – com motor 4 cilindros (ou superior);

c.3) Motoniveladora – item 05 – com Ripper Traseiro com 05 dentes;

d) Alternativamente, na remota hipótese de se indeferir os pedidos adrede, requer seja suspenso a licitação para adequação do edital, suprindo as ilegalidades ora questionadas com vistas a exigir apenas as características básicas do equipamento, conforme orientação do Ministério Público, sob pena de se caracterizar direcionamento de instrumento licitatório por restrição excessiva.

e) seja encaminhada cópia da presente impugnação ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União para que tome conhecimento das irregularidades ora questionadas.

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

Nestes Termos.

Pede espera deferimento.

Pouso Alegre/MG, 28 de outubro de 2021.



ADÃO JOSÉ FERNANDES JÚNIOR
OAB/MG 178.303