ILUSTRÍSSIMO SENHOR CRISTIAN DOS SANTOS PERIUS (PREGOEIRO) DO MUNICÍPIO DE PRIMAVERA DO LESTE NO ESTADO DO MATO GROSSO – MT.

Ref.: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO nº 086/2019
PROCESSO Nº 1294/2019

A empresa **ROTA OESTE MÁQUINAS LTDA.**, pessoa jurídica de direto privado, inscrita no CNPJ sob o nº 19.575.048/0001-56, com sede na Avenida Ayrton Senna da Silva Lot. PRQ N Esperança II, SN, Bairro Jardim Industriário na cidade de Cuiabá, Estado do Mato Grosso-MT, CEP: 78.099-499, Fone (65) 3614-0700, (63) 3233-6069 – E-mail: licitar@ferronato.net, por seu representante legal infra assinado, vem, respeitosamente, com fulcro no § 2º, do art. 41, da Lei nº 8666/93 e item Seção XXV do edital, em tempo hábil, à presença de Vossa Senhoria a fim de interpor,

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO

pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

DOS FATOS

Foi publicado o Edital do Pregão Eletrônico nº 086/2019, Processo Licitatório nº 1294/2019, Tipo **MENOR PREÇO POR ITEM**, pela Prefeitura Municipal de Primavera do Leste no Estado de Mato Grosso -MT, com a realização do referido certame para o dia 08 de agosto de 2019, com início às 08h30min, (Horário de Brasília - DF) no site www.licitanet.com.br, tendo o respectivo Pregão Eletrônico o objetivo ."aquisição de maquinários para suprir a demanda da secretaria municipal de infraestrutura".

DA ADMISSIBILIDADE

A admissibilidade está consubstanciada no disposto do art. 41 da Lei 8666, in verbis:

> 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 viciarem esse edital.

SEÇÃO XXV – DOS ESCLARECIMENTOS E DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

> 25.1 Até 02 (dois) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, ou seja, até qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.
> 25.2. A impugnação poderá ser realizada por forma eletrônica, pelo e-mail licita7@pva.mt.gov.br, pelo site LICITANET, ou por petição dirigida ou protocolada no protocolo central localizado na sede da Prefeitura Municipal de Primavera do Leste.

DA TEMPESTIVIDADE

A licitação em epígrafe tem sua Sessão Pública de Abertura agendada para o dia 08 (oito) de agosto de 2019, às 08h30min (Horário de Brasília).

A Lei de Licitação nº 8.666\93, estabelece prazo para a interposição de impugnação, conforme se transcreve:

> §2º do art. 41-Qualquer **licitante** protocolando o pedido até 2 (dois) dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação".

Levando-se em conta o prazo estabelecido e considerando-se que a data fixada para recebimento das propostas é dia 08 (oito) de agosto do corrente ano. Logo o prazo para interposição de Impugnação encerrasse na quarta-feira, 05 (cinco) de agosto de 2019.

Em face do exposto, deve ser a presente Impugnação considerada, nestes termos, plenamente tempestiva.

DOS FATOS E MOTIVOS

A subscrevente tendo interesse em participar da licitação supramencionada, adquiriu o respectivo Edital e ao verificar as condições para participação no pleito em tela, deparou-se a mesma com a exigência formulada no ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA Nº 105/2019, que vem assim redacionada:

ITEM 01

2477-MOTONIVELADORA DE FABRICAÇÃO NACIONAL - Motoniveladora, nova, ano e modelo 2019 ou superior, peso operacional mínimo de 18.000 kg, motor diesel turbo, potência mínima de 210HP, cabine ROPS e FOPS fechada equipada com ar condicionado, 02 portas laterais, transmissão powershift automática com, no mínimo, 08 marchas avante e 04 a ré, ripper de 05 dentes, pneus 17,5 x 25 L2 12 lonas ou superior, lâmina central de comprimento mínimo de 4,3m, peso operacional mínimo de 18.000 kg. (grifo nosso)

ITEM 02

44112-TRATOR - trator de esteiras, novo, fabricado no ano corrente, motor diesel Tier III, potência mínima de 165hp,sistema de arrefecimento com limpeza automática através de reversão de sentido, transmissão hidrostática com no mínimo 3 marchas a frente e 3 marchas a ré, lamina com inclinação e angulação hidráulica com capacidade mínima de 9,5m³, cabine ROPS e FOPS com ar condicionado, peso operacional mínimo de 18.000kg, esteiras com no mínimo 08 roletes inferiores de cada lado, equipamento de monitoramento via satélite, original da fabricante da máquina, com serviço de monitoramento e gerenciamento via satélite das horas trabalhadas, falhas, temperatura do motor e nível de combustível sem custo por no mínimo 10 anos, Kit de proteções para trabalho em aterro sanitário composto por grade de expansão para a lâmina, capas protetoras para todos os cilindros hidráulicos, vedações para todas as tampas laterais e do motor, proteções para conexões das mangueiras hidráulicas e proteções nos comandos finais, o equipamento deve atender as normas ambientais vigentes estabelecidas pelo CONAMA pertinentes a este tipo de equipamento.(grifo nosso)

Destarte, acontece que, examinando criteriosamente o edital em comento, a Impugnante contatou que o mesmo contém exigência, que pode estar a macular o procedimento, tendo em vista, a forma de dimensionamento da especificação técnica do bem a ser adquirido pelo órgão, em seu termo de referência.

De fato, não obstante essa explanação no edital, a especificação técnica, mais precisamente, demonstra que o Administrador não está a garantir a aquisição de qualquer equipamento de ITEM 01 - TRATOR DE ESTEIRA e Item 02 - MOTONIVELADORA. Está, possivelmente, afunilando provavelmente de forma incorreta o leque da disputa, inclusive, excluindo a Impugnante e outras empresas de participar do procedimento e restringindo a competitividade do mesmo, sem qualquer justificativa técnica para tal.

É certo que a Lei nº 8.666/93, permite a indicação de algumas características como padrão de referência, a ser listado tão-somente como mero referencial para os licitantes. No caso em tela, porém, não é isso que se verifica.

Ocorre que, a especificação técnica contida no edital, restringe em muito o universo de possíveis competidores, chegando até mesmo a se afirmar que, possivelmente, apenas uma ou duas empresas poderão realmente atender ao certame, seja pela exigência de características específicas, não obstante haja no mercado MOTONIVELADORA E TRATOR DE ESTEIRA, com reconhecida qualidade, especificações similares ou quase idênticas, que atendem na integra a satisfação do objeto perquirido.

Com efeito, o exame do edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa, pois cria óbice a própria realização da disputa, limitando o leque de empresas participantes na licitação.

No caso em questão, a especificação constante do ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA Nº 105/2019, limitou à participação no certame, mais especificamente em virtude de duas exigências específicas:

1- ITEM 01 - 2477-MOTONIVELADORA DE FABRICAÇÃO NACIONAL –(...), "lâmina central de comprimento mínimo de 4,3m", peso operacional mínimo de 18.000 kg. (grifo nosso)

2- ITEM 02 - Trator de esteira (...) "lâmina com inclinação e angulação hidráulica com capacidade mínima de 9,5m³".

Salienta-se, portanto, que não há justificativa técnica que fundamente a exclusão desta impugnante, do certame. Ademais, oportuno salientar que, em pesquisa nos endereços eletrônicos (sites) oficiais das principais fabricantes/fornecedores de "TRATOR DE ESTEIRA" do mercado nacional, com base na análise técnica dos catálogos dos diversos modelos, constatou-se as três principais fabricantes não possuem modelo para atender as especificações exigidas no item 01 e 02 do termo de referência.

No item 01, consta duas restrições que elimina a Impugnante em participar do certame: - a) ao exigir produto MOTONIVELADORA fabricação nacional e b) "lâmina central de comprimento mínimo de 4,3m", não existe máquina MOTONIVELADORA similar no mercado com essas dimensões de lâmina.

No item 02, conforme tabela abaixo, será demostrado que as especificações do Trator de Esteira, das três fabricantes gigantes do mercado nacional não atendem as especificações.

44112 TRATOR DE ESTERIA

Marca	Modelo Trator De Esteira	Peso operacional 18.000 kg	Lâmina com inclinação e angulação hidráulica com capacidade mínima de 9,5m³
JOHN DEERE	750J II	18.682 kg	3,81 M³
CAT	D6 T	20.449 kg	5,6 M³
NEW HOLLAND	D180 C	22.760 kg	5,58 M³

Conforme pode se perceber as três principais fabricantes desse equipamento não preenchem os requisitos do edital e dessa forma muitas empresas ficariam de fora para participar do processo licitatório.

Sendo assim, em virtude de pequenas exigências na característica básica do bem licitado, que nada interfere no desempenho deste, a Impugnante está excluída da participação do certame.

Isso porque, o que determina o conjunto de especificações de uma máquina é o seu peso operacional, as quais guardam coerência lógica com o porte do bem e com as operações que irá realizar. Obviamente que não se espera que um "TRATOR DE ESTEIRA" de faixa de peso operacional exigida no edital tenha especificações abaixo daquelas que lá estão, pois todas as máquinas daquele nicho de mercado já possuem atribuídos condizentes com o serviço que irão realizar, tem idênticas especificações e possuem o mesmo desempenho, atendendo da mesma forma o serviço público.

Todavia, pode a Administração Pública fazer exigências que extrapolem o básico desde que sejam necessárias, o que não é o caso, pois houve uma descrição milimétrica cirúrgica de várias especificações, como se isso fosse necessário, ou seja, como se por acaso o serviço público não fosse atendido caso não estivessem lá descritas pelo edital.

Ocorre que tais especificações, no item 01-MOTONIVELADORA fabricação nacional, (...) "lâmina central de comprimento mínimo de 4,3m", e no item 02-TRATOR DE ESTEIRA com "lâmina com inclinação e angulação hidráulica com capacidade mínima de 9,5m^3 tal como exigidas, não fazem qualquer diferença, pois são especificações estabelecidas em níveis semelhantes entre as máquinas presentes no mercado.

A empresa ROTA OESTE MÁQUINAS LTDA, no item 01, possui a MOTONIVELADORA "Modelo 622 G" da Fabricante John Deere, que vem equipada com "lâmina central de comprimento mínimo de 3,66m", e peso operacional de 18.280 kg.

No item 02, a empresa possui o TRATOR DE ESTERIA "Modelo 750J II" da fabricante John Deere, que vem equipada com "lâmina com inclinação e angulação hidráulica com capacidade mínima de 9,53m^3", e peso operacional de 18.682 kg.

Qualquer especificação descrição além do Mínimo considera-se desnecessária e impertinente, o que resultará em restrição de participação de empresas no certame, e por isso tais exigências só devem ser consideradas válidas se estiverem devidamente justificadas.

Isso porque o que determina o conjunto de especificações de uma máquina é seu peso operacional, as quais guardam coerência lógica com o porte do bem e com as operações que irá realizar. Obviamente que não se espera de uma MOTONIVELADORA e do TRATOR DE ESTEIRA de faixa de peso operacional exigida no edital tenha as especificações abaixo daquela que lá estão, pois todas as máquinas daquele nicho de mercado já possuem atributos

condizentes com o serviço que irão realizar, tem idênticas especificações e possuem o mesmo desempenho, atendendo da mesma forma o serviço público.

Todavia, pode a Administração Pública fazer exigências que extrapolem o básico desde que seja NECESSÁRIAS, o que não é o caso, pois houve descrição de várias especificações, como se isso fosse necessário, ou seja, como se por acaso o serviço público não fosse atendido caso não estivesse lá descritas no edital.

Neste contexto, oportuno destacar o fato de que, qualquer restrição em relação ao objeto deve ter como fundamento razões aptas a justificar que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável.

O Edital de licitação do Pregão Eletrônico nº 086/2019, da Prefeitura Municipal de Primavera do Leste, no Estado do Mato Grosso-MT, restringe a competitividade pois não existe no mercado equipamentos que possuem essas especificações.

No item 01, 2477-MOTONIVELADORA DE FABRICAÇÃO NACIONAL.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 se pauta na moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, desta forma, é clara quanto a condições ou cláusulas não poderem restringir ou impor exclusividade que frustrem o caráter competitivo e de desenvolvimento da economia.

Assim, e conforme entendimento do TCU no Acórdão 641/2004, qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por **ilegal** (art. 3º, § 1º, inc. I).

Evidenciando que o ato de convocação de que se cogita, consigna cláusula manifestamente comprometedora ou restritiva do caráter competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação.

Este não guarda consonância com a legislação do § 1º, inciso I, do art. 3, da Lei nº 8666/93, acima apontada, por ferir o caráter competitivo da licitação, e restringindo o leque de fornecedores e consequentemente a busca da proposta mais vantajosa à Administração.

Ainda essa exigência passa a ser além, afronta a lei de licitações uma vez que a administração pública não pode onerar o participante exigindo que o equipamento seja de "**fabricação nacional**".

O entendimento do Tribunal de Contas da União relativo e da impossibilidade de se exigir nos editais de licitação que os bens sejam de fabricação exclusivamente brasileira.

A celeuma envolve basicamente a discussão entre dois princípios licitatórios, quais sejam: a isonomia e a promoção do desenvolvimento nacional, ambos previstos no art. 3º da Lei 8.888/93.

DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A Constituição prevê, em seu artigo 37, XXI, *in verbis*, que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes:

> Art. 37 - (...)
>
> 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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

No âmbito da legislação, também prevê o art. 3º, da Lei 8.666/93 que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, devendo ser processada em estrita conformidade com o princípio da igualdade.

Além disso, o §1º do mesmo artigo especifica ainda mais, vedando aos agentes públicos a inclusão de qualquer cláusula ou condição que comprometa o caráter competitivo do certame. Ademais, é vedado qualquer tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras. 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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)
>
> § 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)
>
> II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Logo, verifica-se que o princípio da isonomia é levado a sério no âmbito das licitações, pois se tem por intenção vedar qualquer caráter restritivo aos certames.

Com efeito, nas palavras de Marçal Justen Filho, a isonomia representa o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração.

Ainda segundo o pensamento do brilhante autor, em uma primeira fase (elaboração do ato convocatório), há um ato administrativo em que são fixados os critérios de diferenciação que a administração adotará para escolher o contratante.

Todavia, as diferenciações no ato convocatório devem estar em consonância com o princípio da isonomia, sob pena de serem consideradas inválidas.

Para tanto, serão inválidas todas as situações em que a discriminação for incompatível com os fins e valores consagrados no ordenamento jurídico.

No presente caso, verifica-se que a Constituição, em seu art. 37, XXI prevê que ressalvados os casos especificados na legislação, as compras serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes.

Além do mais, o art. 3º, da Lei 8.666/93 estabelece que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia. Se não bastasse, os seus §§ 1º e 2º também esclarecem que é proibido cláusulas que restrinjam o caráter competitivo do certame, além de se vedar qualquer tratamento diferenciador entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Dessa sorte, tem-se que o inciso II, do §1º, do art. 3º, da Lei 8.666/93 impõe um tratamento uniforme entre os licitantes nacionais e estrangeiros, de maneira que qualquer exigência ou requisito limitador deve ser aplicada de modo genérico.

De mais a mais, assegura o art. 5º, caput, da Constituição, a isonomia entre brasileiros e estrangeiros. Cumpre salientar ainda que a Constituição, em sua redação original, permitia tratamento diferenciado em favor de pessoas jurídicas nacionais. Porém, por força da Emenda Constitucional nº 06/95, houve revogação do o art. 171, não mais subsistindo o referido tratamento diferenciado.

Ainda nos socorrendo a Marçal Justen Filho, o ilustre escritor assim consigna:

> "São vedadas discriminações diretamente fundadas na nacionalidade ou no domicílio do licitante. Mas também é proibida a discriminação indireta, envolvendo, por exemplo, a moeda, o local ou as condições de pagamento. Não se admite que o edital estabeleça uma exigência que somente possa ser atendida por um nacional ou que imponha regras que onerem de tal modo o estrangeiro que equivalham a inviabilizar a vitória de sua proposta."

Dessa sorte, os fins e valores consagrados pelo ordenamento jurídico não autorizam, regra geral, a diferenciação entre brasileiros e estrangeiros, de maneira que exigências não justificadas trazem para si o vício da ilegalidade.

Nesse ponto, observa-se que a lei trouxe a permissão de tratamento diferenciado em algumas hipóteses. Senão vejamos:

A) Tratamento privilegiado às Microempresas e empresas de Pequeno Porte, consoante art. 146, III, 'd' da Constituição;

B) Normas especiais relativas às contratações no setor de defesa nacional, consoante prevê a Lei 12.598;

C) A Lei 10.176/01 trouxe a possibilidade de se utilizar margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;

D) O art. 3º, da Lei 8.248/91, também previu a possibilidade de tratamento diferenciado entre brasileiros e estrangeiros, dentre outras, na aquisição de bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e na aquisição de bens de informática e automação

DA VEDAÇÃO AO SE EXIGIR FABRICAÇÃO EXCLUSIVAMENTE BRASILEIRA NOS EDITAIS DE LICITAÇÃO

Nesse sentido, em razão do Princípio da Isonomia, não é possível haver discriminação entre produtos estrangeiros e produtos nacionais, notadamente quanto à naturalidade geográfica da fabricação dos produtos, salvo no caso de desempate, nos termos do §2º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93:

> § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:
> I – Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010;
> II – Produzidos no País;
> III – Produzidos ou prestados por empresas brasileiras;
> IV – Produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Veja-se, neste intento, que se os bens produzidos no Brasil possuem preferência para desempate. Dessa sorte, em intelecção do dispositivo, se entende que não se pode vedar, salvo justificativa técnica, a participação de empresas que não fabriquem os bens no Brasil. Portanto, se o bem fabricado no Brasil é um critério de desempate, é lógico que os bens de produção estrangeira podem e devem participar dos certames.

Assim, quaisquer cláusulas inseridas no instrumento convocatório que, indiretamente, limitem o caráter competitivo devem ser consideradas inválidas.

Esse, inclusive, é o posicionamento de Marçal Justen Filho, senão vejamos:

Não se afigura como constitucional a mera invocação do interesse nacional como fundamento para se exigir na aquisição de bens a produção exclusivamente nacional. Uma é situação em que a Administração privilegia fornecedores estabelecidos no Brasil como instrumento da obtenção de benefícios para o Brasil. Outra é a situação em que a Administração simplesmente desembolsa valores superiores aos que seriam necessários para obter bens e serviços cujo fornecimento não se traduz em benefício para a Nação, mas apenas para algum sujeito específico.

Ou seja, não se vislumbra como cabível produzir discriminação entre brasileiros e estrangeiros, pura e simplesmente. A diferenciação de tratamento apenas pode justificar-se como forma de realização do bem comum.

Portanto, não se pode aceder com a ideia de que os cofres públicos arquem com pagamentos mais elevados do que os necessários apenas porque o beneficiário do pagamento seria uma empresa estabelecida no Brasil.

Em mesmo espeque, encontra-se o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no qual considerou ilegal a exigência indevida no edital de pneus de procedência nacional, excluindo os pneus de origem estrangeira, sem qualquer justificativa plausível.

> EMENTA: DENÚNCIA – PREFEITURA MUNICIPAL – VEDAÇÃO AO FORNECIMENTO DE PRODUTOS DE ORIGEM ESTRANGEIRA – RESTRITIVIDADE INJUSTIFICADA – PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA.
>
> AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO ERÁRIO – DEMONSTRADA BOA-FÉ – NÃO APLICADA MULTA AOS RESPONSÁVEIS – IMPOSIÇÕES E RECOMENDAÇÕES AOS GESTORES – INTIMAÇÃO DOS INTERESSADOS – ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.
>
> Julga-se procedente a Denúncia, posto que apresenta injustificada restritividade ao certame, por indiscriminada vedação ao fornecimento de produtos de origem estrangeira, deixando-se, no entanto, de aplicar multa aos responsáveis diante das circunstâncias deste caso, levando-se em consideração que as argumentações apresentadas pela defesa, embora juridicamente inconsistentes, são hábeis a demonstrar boa-fé na inclusão da cláusula restritiva, e, ainda, que não se demonstra dano efetivo ao Erário.
>
> Determina-se que os responsáveis pela Administração Municipal se abstenham de prorrogar ou alterar o quantitativo do contrato decorrente do Pregão em análise, dando-se recomendações quanto aos futuros procedimentos de licitação.
>
> (TCE/MG, Denúncia nº 812.454, Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio – sessão de julgamento em 20/10/2011)

O mesmo se repete nas Denúncias nº 839.040, 862.583, 863.005, 862.847, 862.744, 862.787, 851.885 e 862.974, todas do TCE/MG.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, o tema foi recentemente pacificado pelo Grupo de Trabalho – GT instituído pela Portaria-Segecex 32/2011, de 28/9/2011, em cumprimento ao item 9.5 do Acórdão 2.241/2011-TCU-Plenário, com o objetivo de verificar as repercussões geradas pela Lei 12.349/2010 no regime licitatório, em especial, da discussão travada nos autos do TC 002.481/2011-1, tendo considerado ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação. Senão vejamos:

> ADMINISTRATIVO. RELATÓRIO DE GRUPO DE TRABALHO CONSTITUÍDO POR DETERMINAÇÃO DO ACÓRDÃO 2241/2011-TCU-PLENÁRIO ESTUDOS DESENVOLVIDOS COM A FINALIDADE DE ANALISAR AS REPERCUSSÕES GERADAS PELA LEI 12.349/2010 NO REGIME LICITATÓRIO. É ILEGAL O ESTABELECIMENTO DE VEDAÇÃO. É ILEGAL ESTABELECER VEDAÇÃO A PRODUTOS E SERVIÇOS ESTRANGEIROS EM EDITAL DE LICITAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTABELECIMENTO DE POSSIBILIDADE DE VEDAÇÃO À OFERTA DE PRODUTOS ESTRANGEIROS VIA DECRETO DO

PODER EXECUTIVO. É ILEGAL O ESTABELECIMENTO DE MARGEM DE PREFERÊNCIA NOS EDITAIS LICITATÓRIOS PARA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS SEM A DEVIDA REGULAMENTAÇÃO VIA DECRETO DO PODER EXECUTIVO. COMENTÁRIOS A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MARGEM DE PREFERÊNCIA, NA FORMA E NOS LIMITES ESTABELECIDOS NOS DISPOSITIVOS ACRESCIDOS PELA LEI 12.349/2010 AO ART. 3º, § 8º, DA LEI 8666/1993. DETERMINAÇÕES.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo administrativo relativo a estudos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho – GT instituído pela Portaria-Segecex 32/2011, de 28/9/2011, em cumprimento ao item 9.5 do Acórdão 2241/2011-TCU-Plenário, com o objetivo de avaliar as repercussões geradas pela Lei 12.349/2010 no regime licitatório, em especial, da discussão travada nos autos do TC 002.481/2011-1.

ACORDAM 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

9.1.2. é ilegal o estabelecimento, por parte de gestor público, de margem de preferência nos editais licitatórios para contratação de bens e serviços sem a devida regulamentação via decreto do Poder Executivo Federal, estabelecendo os percentuais para as margens de preferência normais e adicionais, conforme o caso e discriminando a abrangência de sua aplicação;

9.2. com fundamento nos arts. 241 e 242 do Regimento Interno-TCU, determinar à Segecex que acompanhe o desenvolvimento dos estudos de que tratam os §§ 5º e 6º da Lei 12.349/2010, na forma estabelecida no art. 8º, § 2º, do Decreto 7546/2011, na revalidação e/ou no estabelecimento de margens de preferência para novos produtos manufaturados e para novos serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, observando os parâmetros estabelecidos nos normativos, bem como os aspectos que, efetivamente, contribuam para o desenvolvimento nacional sustentável;

9.3. encaminhar cópia do presente deliberação acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

(MPOG) e ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC);

9.4 arquivar o presente processo.

(TCU, AC 1317/2013, Plenário, Grupo de Trabalho – GT instituído pela Portaria-Segecex 32/2011, de 28/9/2011, em cumprimento ao item 9.5 do Acórdão 2.241/2011-TCU-Plenário, com o objetivo de verificar as repercussões geradas pela Lei 12.349/2010 no regime licitatório, em especial, da discussão travada nos autos do TC 002.481/2011-1.)

O mesmo posicionamento voltou a se repetir nos julgados em seguida:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação da empresa Tractorbel Tratores e Peças Belo Horizonte Ltda. acerca de possíveis irregularidades na tomada de preços 003/2013, realizada pelo município de Santa Bárbara do Tugúrio/MG para aquisição de uma retroescavadeira, com recursos do contrato de repasse 778850/2012/MAPA/CAIXA.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com base no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, em:

(...):

9.4.1. abstenha-se de promover licitações cujo objeto seja exclusivamente de fabricação nacional;

(TCU, AC 1469/2013, Plenário)

A exigência de que motoniveladora a ser adquirida por meio de pregão eletrônico tenha fabricação nacional configura, em juízo preliminar, restrição indevida ao caráter competitivo do certame.

Representação acusou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial 9/2011, promovido pela Prefeitura Municipal de Iguaba Grande/RJ, que tem por objeto a aquisição, entre outros itens, de uma motoniveladora. A autora da representação alegou que o edital da licitação teria violado o princípio da isonomia, ao exigir que a motoniveladora tivesse fabricação nacional e que, por isso, teria restringido sua participação, uma vez que o equipamento que fornece é de origem chinesa. Anotou que as especificações de seu equipamento são melhores que as especificadas pelo edital. E, também, que oferece as garantias necessárias e assistência técnica em todo o Estado do Rio de Janeiro. Acrescentou que a citada restrição estaria vedada pela Lei 8.666/93, art. 3º, § 1º, inciso II. Apontou, ainda, possível dano ao erário que se configuraria com a aquisição de um bem nacional por preço superior ao que poderia ofertar. Requereu, ao final, a concessão de "medida liminar" para suspensão do certame

até julgamento do mérito. A Relatora do feito, em linha de consonância com a proposta da unidade técnica, considerou pertinentes as ponderações da autora da representação e presente o requisito do **fumus boni juris**, "*uma vez que a regra legal é no sentido de permitir a maior competitividade possível entre os licitantes*". Anotou, na oportunidade, que o Tribunal, por meio do Acórdão 2.241/2011-Plenário, quando apreciou representação contra a exigência de fabricação nacional para retroescavadeiras a serem adquiridas por pregão eletrônico do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), decidiu determinar "*àquela Pasta que 'abstenha-se de promover licitações, cujo objeto seja exclusivamente de fabricação nacional, até que este Tribunal delibere sobre a questão*". Anotou, também, que a iminência de realização da sessão pública de abertura das propostas e realização de lances configura o periculum in mora. Por esses motivos, determinou, em caráter cautelar, "*a suspensão imediata do Pregão Presencial 9/2011 – PMIG ou da execução do contrato dele decorrente, caso já tenha sido firmado, até que este Tribunal delibere sobre o mérito da matéria*". O Plenário do Tribunal endossou essa providência. *Comunicação ao Plenário, TC 037.779/2011-7, rel. Ministra Ana Arraes, 18.1.2011.*

(TCU, Informativo nº 90, de 18 de janeiro de 2012)

Logo, se verifica que o posicionamento pacífico e atual da Corte de Contas é considerar ilegal qualquer cláusula que exija que os bens sejam de produção exclusivamente nacional, tendo em vista o caráter limitativo, violando o princípio da isonomia.

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei n.º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventuais responsáveis da disputa por: a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência; b) elaboração imprecisa de editais e c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório. Dando respaldo a esse poder de cautela, o art. 82 ordena que, os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de licitações, além das sanções próprias administrativas previstas, **"sujeitam-se à responsabilidade civil e criminal"**.

Acrescente-se, por adequado, que restrições indevidas e preferências injustificáveis podem ser enquadradas criminalmente no artigo 90 da Lei 8666/1993, (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

Nesse sentido, impende salientar à queima-roupa **que a matéria-objeto da presente impugnação é questão pacificada no âmbito do Tribunal de Contas da União,** cabendo lembrar que segundo a Súmula STF nº 347, **'o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público'** – podendo, assim, declarar a nulidade de qualquer ato e procedimento adotado em uma licitação que esteja em dissonância com seus preceitos, com a lei e, em especial com o art. 3°, § 1°, inciso I da Lei n° 8.666/93.

Dada à meridiana clareza com que se apresenta a ilegalidade do item apontado, pelo mero cotejo com a letra fria da lei, legítima é a intenção da licitante em proteger o erário público de possíveis prejuízos, visto que é de obrigação dos agentes públicos zelar pela probidade e legalidade nos procedimentos, bem como se pautar pelos princípios da publicidade, eficiência e economicidade nos procedimentos administrativos bem como em seus resultados.

Ressaltando o doutrinador Marçal Justen Filho, em sua obra ao disciplinar acerca da Lei 8.666/93, diz o seguinte sobre o Cabimento de Recurso Administrativo;

"Os pressupostos do recurso administrativo são apreciados com maior largueza do que se passa no direito processual. Assim se impõe porque vigora, no direito administrativo, o poder-dever de a Administração revisar os próprios atos e de sanar, até mesmo de ofício, os defeitos encontrados,'"

Resta evidente que o Edital merece revisão a fim de se evitar a restrição ao caráter competitivo no caso em tela, com a alteração das exigências que restringem injustificadamente a competitividade do certame, através de uma clara e evidente falta de isonomia.

DO PEDIDO

Em face do exposto, requer-se seja a presente **IMPUGNAÇÃO** julgada procedente, com efeito para:

a) Declarar-se nulo os itens atacados;

b) Determinar-se a republicação do Edital, escoimado dos vícios apontados;

c) Caso não entenda pela adequação, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos técnicos e legais que embasaram a decisão do Sr. Pregoeiro;

d) Requeremos, também, que seja informado da decisão através do e-mail: licitar@ferronato.net;

e) Caso não seja esse o entendimento, que seja remetido a autoridade superior, para análise e manifestação.

Nestes Termos,
P. Deferimento,
Cuiabá/MT, 02 de agosto de 2019

ROTA OESTE MÁQUINAS LTDA
CNPJ Nº 19.575.048/0001-56
GILMAR LUIZ FERRONATO JUNIOR
CPF/MF nº 757.933.182-91/RG nº 5001592-SSP/PA
PROCURADOR