Célia

PROTOCOLO Nº 123
21.03.18

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 016/2018

PREFEITRA MUNICIPAL DE BOM PROGRESSO - RS

Edital de Pregão Presencial nº **016/2018**
Objeto licitado: ***ESCAVADEIRA HIDRÁULICA***
Data/hora do Pregão: **23/03/2018** ás **9:00** horas
ÓRGÃO: **Prefeitura Municipal de Bom Progresso**

BERTINATTO MAQUINAS EIRELLI - EPP, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua Voluntários da Pátria, nº 1013, bairro Floresta, na cidade de Porto Alegre/RS, CEP 90.230-011, inscrita no CNPJ 11.920.102/0001-41, revendedora autorizada da marca **LiuGong Latin América Máquinas para Construção Pesada Ltda**, com fábrica sediada na Rua Marcio Carlim, nº 270, Parque de Industrial, CEP 13.949-226, Mogi-Guaçu/SP – Brasil, representada por **Neuri Bertinatto**, inscrito no CPF?MF sob o nº 589.382.490-34, vem, com base no § 2º, do art. 41, da Lei Federal n.º 8.666/1993, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao instrumento convocatório conforme exposto a seguir, requerendo seja recebida, processada e julgada de acordo com a legislação.

Porto Alegre, 19 de Março de 2018.

Neuri Bertinatto
CPF 589.382.490-34
Sócio – Diretor

11.920.102/0001-41
BERTINATTO MAQUINAS EIRELI - EPP
RUA VOLUNTÁRIOS DA PÁTRIA, 1013
FLORESTA - CEP 90230-011
PORTO ALEGRE-RS

PRIORI GRUPO

IMPUGNAÇÃO

Objeto licitado: *ESCAVADEIRA HIDRÁULICA.*

Objeto da impugnação: **FABRICADA NO BRASIL.**

1. A **BERTINATTO MAQUINAS LTDA – ME** é interessada em participar da licitação para a aquisição de uma ESCAVADEIRA HIDRÁULICA nova, ocorre que o Edital 016/2018 exige que a máquina seja de **Fabricação Nacional,** o que **limita** a **competição** no certame, **contraria** a ***Lei Geral das Licitações*** - a Lei Federal nº 8.666/1993, **contraria** a **Lei do Pregão** – a Lei Federal nº 10.520/02 - e **contraria** a ***Constituição Federal***.

2. Em primeiro lugar, simplesmente não existe em nenhuma Lei do Brasil e na Constituição Federal, autorização para que a Adm. Pública possa exigir que o bem licitado seja de **Fabricação Nacional**, pois isso contraria o *princípio da igualdade* e da *competitividade*. Confira-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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." [Grifei.]

3. No âmbito da legislação infraconstitucional, a Lei Federal nº 8.666/93 dispõe:

> "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 §§ 5° a 12 deste artigo e no art. 3° da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; [Gf.]

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. 3° da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2° Em igualdade de condições, como **critério de desempate**, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

(...)

II - produzidos no País;" [Gf.]

4. Como bem e claramente se vê, a **regra geral** é a **ampla participação** de produtos **nacionais e estrangeiros**, e neste cenário, a **Fabricação Nacional** funciona como critério de ***desempate***.

5. **O fato de algum produto ser importado não significa que ele não possa participar do certame. Isso apenas vai ser um critério de desempate.**

6. Confira-se este aresto decisório do **Tribunal de Contas da União**:

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. 3°, § 8°, 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 §§ 5° e 6° da Lei 12.349/2010, na forma estabelecida no art. 8°, § 2°, 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.)

7. Neste acórdão também 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.

8. No mesmo sentido:

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, § 1°, 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 presencial 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. 3°, § 1°, 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)**

9. Em segundo lugar, como se já não bastasse a ilegalidade dessa exigência, por ser algo que descamba do normal e limita brutalmente a competição do certame, a **Fabricação Nacional** deveria vir devidamente justificada e ter fundamento, o que não foi feito. Em sua justificativa, o município reúne aspectos óbvios e inerentes ao que se obtém de uma escavadeira hidráulica, **sem dizer, afinal, porque está discriminando produtos importados e porque só os produtos nacionais lhe servem para prestar o serviço público!**

10. Mesmo que tentasse arranjar qualquer justificativa para excluir máquinas importadas da licitação, não se encontraria fundamento pois tal exigência é ilegal, e sujeita o Gestor Público ás consequências da violação dos princípios básicos da licitação, e por desperdiçar o erário diante da falta de competitividade que tal restrição ilegal acarreta no certame.

11. Portanto, ainda que a Lei autorizasse a participação apenas de máquinas de **Fabricação Nacional** , verifica-se que **essa exigência NÃO VEIO JUSTIFICADA**, e deveria vir, termos do Art. 3°, inciso I da Lei do Pregão nº 10.520/2002:

> *I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;*

11. Portanto, não é permitido exigir FABRICAÇÃO NACIONAL das máquinas que concorrem no certame; primeiro, porque tal exigência é ILEGAL, e segundo, porque, ainda que fosse permitido por lei; NÃO FOI JUSTIFICADA ESSA EXIGÊNCIA, e deveria vir, acarretando a nulidade, de pleno direito, por vício de *forma* do Ato Administrativo convocatório, o Edital 008/2018).

12. Com efeito, a *justificativa,* fundamentada, é claro, é elemento *formal* do Ato Administrativo, sem a qual, simplesmente o *Ato* não tem validade perante o direito.

13. O contrário disso significaria dizer que o Gestor Público pode fazer o que bem entender com o dinheiro público sem dar justificativa, o que é um absurdo.

14. Para encerrar, a LEI FEDERAL Nº 4.717/1965 que regulamenta a Ação Popular dia que:

> Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
>
> a) incompetência;

b) vício de forma;
c) ilegalidade do objeto;
d) inexistência dos motivos;
e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:
a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
b) o **vício de forma** consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
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;
e) o **desvio de finalidade** se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

15. No presente caso, há claro vício de ***forma*** do *Ato Administrativo Editalício* (Edital 016/2018) por não haver justificativa para a exigência de que a máquina licitada tenha **Fabricação Nacional.**

16. Além disso, evidencia-se o ***Desvio de Finalidade***, que é gravíssimo, pois a partir da clara situação de que a Lei proíbe vedação à produtos importados nas licitações, e isso é feito, só é possível deduzir que estão tentando concretizar **dirigismo licitatório,** desviando a finalidade de se adquirir uma máquina para prestar serviço público, para diferentemente disso, beneficiar empresa, pessoas ou agentes privilegiados.

17. A Lei não dá o poder terrível ao Gestor Público de fazer o que bem entender com o dinheiro público, e portanto, foi praticado *Ato Administrativo* visando fim diverso da regra de competência, fora é claro, das outras ilegalidades já suscitadas, como a falta de *justificativa.*

18. No texto atual, o Edital 016/2018 incorre em várias nulidades:

1) falta de motivação/justificação no ato administrativo convocatório;
2) inclusão de especificações irrelevantes;
3) flagrante dirigismo da licitação;
4) restrição da competitividade;
5) violação da Lei Geral das Licitações – 8.666/1993;
6) violação da lei do pregão – 10.520/2002;
7) violação de princípios claramente expressos na Constituição Federal, Art. 37, *caput*: a) legalidade, moralidade e publicidade e isonomia entre os licitantes (Inciso XXI);
8) *improbidade administrativa*;
9) sujeitar a não aprovação das contas municipais pelo Tribunal de Contas da União;

10) dentre outros efeitos, incorrerem os agentes envolvidos no **crime** previsto no Art. 90 da Lei 8.666/1993:

> Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
>
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

DOS PEDIDOS

Por todo exposto, requer a impugnante:

a) Seja acolhida integralmente a Impugnação para que seja retificado do Edital 016/2018 e **retirada a exigência de Fabricação Nacional;**

b) No caso de decisão de indeferimento da impugnação, requer seja exposto pelo município o **FUNDAMENTO LEGAL** para exigir que o bem licitado seja de **Fabricação Nacional;**

c) Seja intimada a ora impugnante da decisão, a ser expedida no tempo legal, sob pena de nulidade do certame por violação do *contraditório* e *ampla-defesa*.

Termos em que pede deferimento.

Porto Alegre, 19 de Março de 2018.

Neuri Bertinatto
CPF 589.382.490-34
Sócio – Diretor
admcomercial@priorilocacoes.com.br
Fone: 51 3061.2221

11.920.102/0001-41
BERTINATTO MAQUINAS EIRELI - EPP
RUA VOLUNTÁRIOS DA PÁTRIA, 1013
FLORESTA - CEP 90230-011
PORTO ALEGRE-RS