



IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 011/2018

Município de São Bernardino - SC

Edital de Pregão Presencial nº 011/2018

Processo Licitatório nº 015/2018

Objeto licitado: **ROLO COMPACTADOR**

Data/hora da Sessão: **07.03.2018** às **09:00** horas.

ÓRGÃO: *Secretaria Municipal de Agricultura e Meio Ambiente*

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 nº 589.382.490-34, vem, com base no § 2º do art. 41 da Lei Federal nº 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, 26 de fevereiro de 2018.

Neuri Bertinatto

CPF 589.382.490-34

Sócio – Diretor

admcomercial@priorilocacoes.com.br

Fone: 51 3061.2221

VECCHIO | EMERIM ADVOCADOS
JOSE VECCHIO FILHO
OAB/RS 31.437

KEMIR DE CASTRO EKMAN
OAB/RS 97.938

11.920.102/0001-41

BERTINATTO MAQUINAS EIRELI - EPP

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

PORTO ALEGRE-RS

28.02
2018

A Lei Federal do Pregão - nº 10.520/02, no Art. 1º, parágrafo único, diz que pode ser objeto de aquisição por Pregão o “*bem comum*”, considerado aquele cujo padrão de desempenho e qualidade possa ser objetivamente definido no edital por meio de “*especificações usuais no mercado*”, mas no presente caso, o bem licitado foi descrito por meio de **especificações que só os rolos compactadores das marcas acima privilegiadas possuem**, conforme comprovado cabalmente acima, contrariando a legislação, sobretudo a mesma lei do pregão no art. 3, inciso II:

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**:

Além disso, o **Ministério Público** de **Santa Catarina**, segundo a **Nota Técnica**, **que vai em anexo**, adota o seguinte procedimento para fiscalização de licitações de aquisição de máquinas pesadas:

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:

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

(...)

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

Este é o parâmetro além do qual, o Ministério Público considera necessária a intervenção no certame para garantir a *moralidade administrativa* e o cumprimento da legislação licitatória, e neste caso em concreto a descrição exagerada do objeto licitado descambou em muito do

parâmetro adotado, justificando a intervenção imediata do Ministério Público de Santa Catarina, para a fiscalização deste certame.

Por óbvio, não é necessário descrever exageradamente o objeto como fez o Edital pois logicamente a só descrição destas 3 (três) especificações acima já bastam para reunir em torno de si, um conjunto coerente e harmônico de outras especificações que estejam em consonância com elas.

As especificações *standard* do fabricante são aquelas que compõe a máquina em sua essencialidade e não são itens opcionais, e por isso, não precisam ser descritas, sendo obvio que acompanharão o bem em qualquer caso. Todas as especificações exageradamente descritas pela prefeitura não são opcionais, ou seja, são *standard* e não precisam ser descritas. No entanto, assim o fez a prefeitura para concretizar o dirigismo licitatório, descendo ao último nível de detalhes desnecessários, inúteis, irrelevantes ou até mesmo, excessivos.

Todavia, se existir verdadeiramente uma necessidade extraordinária que destoe do normal e que reclame uma especificação anormal, poderá o ente público exigir tal especificação, porém, expondo motivadamente e fundamentadamente, os *fins* a que pretende chegar, os *meios* utilizados para chegar a este fim, os *motivos determinantes* para adotar a escolha destes *meios*, e por fim, demonstrar a adequação, portanto, entre os *meios* e *fins*.

O contrário disso significaria dizer que o Gestor Público pode fazer o que bem entender com o dinheiro público, o que cairia bem se estivéssemos na idade média, mas é surreal e inaceitável imaginar que isso continue em pleno 2018, no auge dos escândalos envolvendo a malversação com dinheiro público, desafiando as leis, o judiciário, a polícia, as cortes de contas e o Ministério Público, firme e irredutível com fiscalização da Lei e do erário.

I. CAPACIDADE DE INCLINAÇÃO EM SUBIDA DE RAMPAS DE NO MÍNIMO 60%

Com relação a exigência de que o Rolo compactador tenha a capacidade de inclinação em subida de rampa mínima de 60%, verifica-se que é uma especificação **excessiva, inútil** e também, **desnecessária**, nos termos do art. 3, inciso II da Lei Federal 10.520/002, pois **NENHUMA ESTRADA, RODOVIA OU RUA DENTRO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL TEVE, TEM OU TERÁ ESSE NÍVEL DE INCLINAÇÃO.** Se não, vejamos.

Em **primeiro lugar**, existem normas do DNIT – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – que trazem os parâmetros de inclinação das vias:

- a) Em **vias urbanas**, o máximo não chega a 7%¹.

¹ <http://www.daer.rs.gov.br/upload/arquivos/201607/27143350-normas-projetos-geometrico.pdf>, em 14.06.2017

b) Para **estradas rurais** o nível de inclinação máximo, no pior trecho que é o montanhoso, é **10%**².

c) Para **estradas de rodagem pavimentadas** o nível de inclinação máximo, no pior trecho que é o montanhoso, é **7%**³.

O DAER diz a mesma coisa. Confira-se neste arquivo, na pág. 60:
<http://www.daer.rs.gov.br/upload/arquivos/201607/27143350-normas-projetos-geometrico.pdf>

Em **segundo lugar**, em importantíssimo artigo do professor Fernando Lang da Silveira, do Instituto de Física da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, publicado na revista “Física na Escola”, em São Paulo, foi dito que:

“Os cálculos relativamente simples, que apresentamos na seção IV, além de estabelecer a potência mínima necessária para que um veículo possa se deslocar com uma certa velocidade por um aclive com uma dada inclinação, fixam um valor máximo para a inclinação de ruas e estradas, em função do coeficiente de atrito estático entre os pneus e o pavimento. Estes resultados justificam a inexecutabilidade das inclinações superestimadas por aqueles que nunca foram esclarecidos com relação a este assunto, e confirmam as recomendações dadas pelo DNIT para as inclinações máximas em estradas de rodagem”.
https://www.if.ufrgs.br/~lang/Textos/Ruas_estradas.pdf (pág. 7), em 07/06/17. [Gf.]

Neste artigo o autor comprova que um automóvel com tração em duas rodas, independentemente de quão potente seu motor é, **não pode subir rampas secas com inclinação superior a 50%**, que corresponde a 27 graus, e **se o pavimento estiver molhado** esta inclinação máxima se situa em torno de **35% ou 20 graus**.

Portanto, contrariamente à crença extremamente difundida, NÃO é praticável e não há rampas em ruas ou estradas com inclinações superiores a 20 graus.

Em **terceiro lugar**, para se ter uma ideia, apenas os veículos militares, que são os únicos capazes de transitar em elevadas inclinações, conseguem subir inclinações até **60%**, o que corresponde a aproximadamente 30 graus. Tudo conforme *Boletim – Departamento de Ciência e Tecnologia* do exército brasileiro: file:///C:/Users/Vecchio/Downloads/sepbe5-16_port-102_dct_eb80-rt-76.032.pdf.

² http://ipr.dnit.gov.br/normas-e-manuais/manuais/documentos/706_manual_de_projeto_geometrico.pdf, em 14.06.2017

³ <http://www.dnit.gov.br/download/rodovias/operacoes-rodoviaras/faixa-de-dominio/normas-projeto-estr-rod-reeditado-1973.pdf>, em 14.06.2017

Em quarto lugar, os trechos de serra, que são os mais íngremes, o nível de inclinação não passa de 10%.

Chama a atenção que a **rua mais inclinada do mundo tem 34%** de inclinação percentual e fica bem longe do Brasil, na **Nova Zelândia**. Confira-se: http://en.wikipedia.org/wiki/Baldwin_Street

Portanto, a exigência de **capacidade de subir rampas mínima 65%** além de ser uma **especificação claramente excessiva**, trata-se de uma exigência impraticável, pois nenhum veículo transitará sequer na metade desta inclinação, a não ser veículos militares que aliás, nem dependem de estradas.

O rolo compactador da presente impugnante, assim como de várias outras empresas do quadro comparativo, já estão em um patamar que é mais do que o dobro praticado em ruas e estradas, e mesmo assim a prefeitura não se dá por satisfeita, tendo exigido 60% de capacidade mínima, o que é absolutamente impraticável por qualquer veículo!

ISSO NÃO É DIRIGISMO LICITATÓRIO SENHOR PREFEITO???

Chama muito a atenção que por ser especificação técnica que restringe a ampla participação de empresas no certame, a mesma deveria vir acompanhada de **justificativa técnica fundamentada**, mas não veio nem com justificativa, muito menos possui fundamento.

2. IMPACTO DINÂMICO NA ALTA DE 30.000 Kgf E NA BAIXA MÍNIMO DE 18.000 Kgf

A prefeitura exige que o rolo compactador tenha impacto dinâmico entre 18.000 e 30.000 Kgf, contudo, em nenhum momento a **NOTA** técnica do **Ministério Público** faz referência a tal especificação. Isso porque, é desnecessário estabelecer os níveis de impacto dinâmico, que no caso do edital, embora correspondam aos níveis comuns, apenas duas empresas podem atingir.

A licitação se insere no regramento de controle dos atos administrativos, e sendo o ato discricionário, como é o caso ao se escolher pela aquisição de um rolo compactador, tal escolha deve estar justificada.

As especificações *dos* rolos compactadores autopropelidos são o critério que agrupam essas máquinas no mercado comum ao qual pertencem, e suas características são idênticas. Fazem a mesma operação com o mesmo resultado, e idêntica eficiência e eficácia. Por isso é desnecessário e inútil exigir determinado impacto dinâmico, assim como outras especificações, como por exemplo, motor TIER III, isso porque, tais especificações já se inserem no rol mínimo de características inerentes a tal segmento.

Daí porque apenas uma necessidade pública anormal pode justificar a aquisição de uma máquina que descambe do normal. No caso, o município licitou uma máquina comum, que realiza o trabalho normal de qualquer rolo compactador presente no mercado, porém, descreveu o

objeto por meio de especificações que apenas as máquinas de duas empresas podem atender. Portanto não há necessidade anormal, tampouco **justificativa técnica fundamentada** para explicar a adoção do elevado nível de caracterização do objeto.

Vale dizer que a *compactação* é um processo pelo qual se obtém o aumento da resistência do solo para impedir a erosão, depressão, evitar rupturas e dano estrutural nos pavimentos e esse processo é determinado, basicamente, pelo tipo de solo, energia de compactação (número de passadas do rolo compactador, velocidade de compactação e *impacto dinâmico*) e finalidade do pavimento a ser utilizado, (aeroporto, rodovia, ciclovia, etc.).

O rolo compactador perseguido pelo edital situa-se na faixa das 11 toneladas e em face do elevado nível de força de impacto que produz, o resultado obtido na compactação não é determinado por ínfimas variações no impacto dinâmico.

Várias toneladas a mais no impacto dinâmico poderiam significar, talvez, poucos milímetros de compactação, e considerando que a espessura dos pavimentos deve ser de 30 centímetros, conforme exposto, resta insignificante imprimir mais força numa compactação, como será a do caso em tela, quando os níveis já estão na casa das dezenas de toneladas, sendo irrelevante a variação entre os modelos do comparativo.

3. COMPRIMENTO MÁXIMO DO EQUIPAMENTO 5.850MM

A prefeitura exige que o equipamento tenha no máximo 5 metros e 85 cm de comprimento, sendo isso uma exigência que não tem a menor relação com o cumprimento das obrigações, tampouco influencia na operação da máquina.

Basta ver no quadro comparativo a diferença de comprimento entre as máquinas. A máquina da impugnante possui ínfimos 15cm a mais do que o limite estabelecido no edital. Ou seja, a prefeitura restringe a competitividade no certame por causa de 15cm que simplesmente não tem a menor relação com o cumprimento das obrigações e não influenciam em nada a operação da máquina, sendo portanto, uma especificação irrelevante.

Não há **justificativa técnica fundamentada** para a exigência de cumprimento do equipamento e em nenhum momento a **NOTA** técnica do **Ministério Público** faz referência a tal especificação, a qual, como bem e claramente se pode ver do conjunto, é mais uma forma de concretizar o **dirigismo licitatório**.

4. APRESENTAR ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DE NO MÍNIMO TRÊS EMPRESAS PRIVADAS INSTALADAS NO PAÍS DO MODELO PROPOSTO, PODENDO O MUNICÍPIO REALIZAR CONSULTA IMEDIATA JUNTO A ESTAS EMPRESAS.

A cláusula 5.1, item “f” do edital exige que a licitante apresente atestado de capacidade técnica emitida por empresas **privadas**, contudo, em nenhum momento a Lei



Geral das Licitações, Lei nº 8.666/93, que se aplica a este certame, restringe os atestados somente à empresas privadas, pelo contrário:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Portanto é proibido exigir que os atestados sejam expedidos apenas por empresas privadas.

Devido ao fato de que o gestor público não, em nenhuma hipótese, dono do dinheiro público que administra, deve ele justificar tudo no certame: justificar a própria necessidade de aquisição do bem e justificar cada especificação que restrinja a competitividade. O contrário significa dizer que o gestor público pode fazer o que quiser com o erário sem dar satisfação, o que é um absurdo.

5. VÍCIO DE FORMA, INEXISTÊNCIA DOS MOTIVOS e DESVIO DE FINALIDADE

A exagerada descrição do objeto restringiu a competitividade do certame, o que é proibido, conforme exposto. Se o ente público possui uma *necessidade anormal* que só possa ser suprida por bens específicos que descambem do normal, e portanto, não possam ser encontrados no mercado comum, tal necessidade deve ser exposta, motivadamente.

É a necessidade pública anormal, caso exista, que fundamentará a escolha por um bem mais específico. Para tanto, a Adm. Pública deverá expor claramente a tal necessidade pública anormal, depois expor claramente como pretende atender/suprir a esta necessidade anormal, depois expor claramente os motivos determinantes que lhe levaram a adotar a sua escolha, e com isto, deverá haver adequação entre o problema existente e a solução adotada (*adequação entre fins x meios*).

Sem isso o ato administrativo discricionário não tem fundamento e é nulo!

Quanto maior a discricionariedade, maior deverá ser a explicitação dos *motivos determinantes* para a escolha feita pela Adm. Pública.

Todos os motivos, escolhas, critérios ou opções concernentes a tudo que diz respeito à licitação, como bem se sabe, deve vir **exposta claramente**, o que significa que os atos administrativos do certame devem vir **motivados**. A *motivação* consiste na explicitação/exteriorização pelo Agente Público dos *motivos determinantes* para a expedição do *Ato Administrativo* e é um requisito formal de validade do *Ato*, pois sem ela, não é possível conhecer do (s) motivo (s) *Ato*. Por isso, *Ato Administrativo* sem motivação é nulo.

Motivação do *Ato* **não é** o mesmo que *motivo* do ato. A primeira é a explicitação do *motivo* do *Ato*. O segundo é a razão de ser do *Ato Administrativo*.

No caso em tela a Adm. Pública optou por um rolo compactador com elevadíssimo grau de especificação e caracterização sem **motivar/explicitar** os *motivos técnicos determinantes* para a adoção de sua escolha, sem dizer porque tal máquina descrita é a única possível para suprir o serviço público reclamado, ou ainda, o porque ela é a mais indicada.

Fora isso, a máquina descrita no edital não passa de um rolo compactador comum e normal, idêntico a todos os outros presentes no mercado, conforme o quadro comparativo, não sendo uma máquina especial. Neste caso, se a máquina é comum, ela não pode ser descrita através das especificações que apenas as máquinas das empresas privilegiadas possuem: significa que o *ato administrativo* **não possui motivo** nenhum para ser expedido como foi.

Por esta razão, não há **motivação expressa e clara no sentido de JUSTIFICAR tecnicamente a existência da exagerada descrição do objeto, o que significa que o Ato Administrativo Editalício** padece de **Vício de Forma (falta de motivação) e Vício de Motivo, pois a escolha da prefeitura não possui FUNDAMENTO, tudo conforme a Lei Federal nº 4.717/1965** - Regula a ação popular:

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.

Verifica-se também desvio de finalidade em razão do dirigismo licitatório.

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, as outras ilegalidades já suscitadas.

Se a empresa licitante estiver errada, o município trará a justificativa/fundamento técnico em sua resposta e o Ministério Público de Santa Catarina, que então fará o que entender de direito, nos termos de sua NOTA TÉCNICA.

No texto atual, o edital incorre em várias nulidades:

- 1) falta de *motivação/justificação*, de *motivos* e *desvio de finalidade* do *ato administrativo*;
- 2) inclusão de especificações, inúteis, excessivas, irrelevantes e desnecessárias;
- 3) Flagrante dirigismo na 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, publicidade (transparência);
- 8) a violação do princípio da igualdade);
- 9) improbidade administrativa, e o 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.

E também, no Código Penal:

Prevaricação

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.



DOS PEDIDOS

Por todo exposto, requer a impugnante:

- a) Seja acolhida integralmente a Impugnação para que seja retificado o Edital 011/2018 e adequada a descrição do rolo compactador do edital à descrição e parâmetros da **NOTA TÉCNICA** do **MINISTÉRIO PÚBLICO de SANTA CATARINA**, retirando as exigências/especificações impugnadas para o fim de permitir a ampla participação de empresas no certame.
- b) No caso de decisão de indeferimento da impugnação, seja:
 - 1) exposto os **motivos determinantes** que levaram a Adm. Pública a adotar os referidos *meios* (*especificações da máquina*) para atingir os *fins* (*compactação do solo*);
 - 2) exposto o **fundamento técnico** para adoção dos parâmetros que adotou;
 - 3) exposta a **adequação** entre os *meios* adotados e os *fins* perseguidos pelo Município;
- 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, 27 de fevereiro 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