AO PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO PRESENCIAL 025/2023, DO MUNICÍPIO DE ESPINOSA

PP: 025/2023

K. J. K. D. MENDES DISTRIBUIDORA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita sob CNPJ nº 36.104.318/0001-60, estabelecida à R Aurelina Ramos Martins, na cidade de Espinosa/MG, vem, à presença de Vossa Excelência, por meio de seus procuradores, apresentar

IMPUGNAÇÃO

face ao Pregão em epígrafe, pelos motivos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

1. TEMPESTIVIDADE

O item 9.1 do Edital redige que as impugnações poderão ser apresentadas até 3 dias úteis da data fixada para abertura da sessão.

Considerando que o certame está agendado para o dia 06/11/2023, o prazo fatal para impugnar é o dia 31/10/2023, pois exclui-se o dia da sessão e conta-se os dias 03/11 (ponto facultativo), 01/11 e 31/10 como dias úteis.

Por conseguinte, é tempestiva a presente petição, merecendo conhecimento.

2. DOS MOTIVOS DE IMPUGNAÇÃO

a) DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA INSUFICIENTE

O Edital estabelece documentos de qualificação técnica insuficientes para atestar a aptidão da licitante, considerando o objeto. Pede-se apenas atestado técnico, veja-se:

> **6.5.4.** Apresentar, atestado de capacidade técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado em nome da empresa Proponente, comprovando o ramo de atividade da mesma;

A licitação objetiva o registro de preços par aquisição de materiais de expediente, escritório e papelaria.

Ocorre que, junto dos itens acima citados, o Município também incluiu saneantes, como o álcool (classificação da própria Anvisa[1]):

0003	ALCOOL-500 ML 12X1: 92,8°	CX	1.875,00	166,02
0004	ALCOOL-500 ML 12X1: 92,8°	CX	625,00	166,02
0005	ALCOOL EM GEL HIGIENIZADOR DE MÃOS 420G 70%	Unidade	5.250,00	17,55
0006	ALCOOL EM GEL HIGIENIZADOR DE MÃOS 420G 70%	Unidade	1.750,00	17,55
0007	ALCOOL ETÍLICO 70% 1000 ML C/ 12 UNID.: Caixa com 12 unidades	CX	1.650,00	128,75
0008	ALCOOL ETÍLICO 70% 1000 ML C/ 12 UNID.: Caixa com 12 unidades	CX	550,00	128,75

Neste contexto, caberia a Administração exigir documentos suficientes para garantir a segurança da contratação, pois são itens que tem seu comércio regulamentado pela Anvisa e, portanto, o Edital deve respeitar o que exige os normativos especiais.

A Lei 8.666/93, em seu art. 30, estabelece o seguinte:

> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
> I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
> II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e

[1] https://consultas.anvisa.gov.br/#/saneantes/produtos/q/?nomeProduto=%C3%A1lcool

> prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
> III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
> **IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.**

O inciso IV é claro: a qualificação técnica se estende às exigências de lei especial, o que inclui as requisições sanitárias.

Sobre exigências especiais, Marçal Justen Filho ressalta o seguinte:

> Por sua vez, Marçal Justen Filho tece os seguintes comentários sobre o dispositivo acima transcrito: O exercício de determinadas atividades ou o fornecimento de certos bens se encontra disciplinado em legislação específica. Assim, há regras acerca da fabricação e comercialização de alimentos, bebidas, remédios, explosivos etc. Essas regras tanto podem constar em lei como estar explicitadas em regulamentos executivos. **Quando o objeto do contrato envolver bens ou atividades disciplinados por legislação específica, instrumento convocatório deverá reportar-se expressamente às regras correspondentes. (...) Descoberta a ausência de referência do edital a uma regra legal imperativa, cabe a invalidação do ato convocatório (acompanhada da responsabilização do agente estatal que deixou de incluir no edital um requisito necessário)**[2].

Com isso, o Edital deve passar a exigir: Autorização de funcionamento da Anvisa – AFE e alvará sanitário, nos termos que seguem.

[2] Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. P. 530.

2.a.1. DA OBRIGATORIEDADE DA AFE E ALVARÁ SANITÁRIO/FUNCIONAMENTO

A RDC 16/2014 Anvisa determina a apresentação da AFE, no presente contexto (álcool – saneantes), conforme segue:

> Art. 2º [...]
> VI - distribuidor ou comércio atacadista: compreende o comércio de medicamentos, insumos farmacêuticos, produtos para saúde, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e **saneantes**, em quaisquer quantidades, realizadas entre pessoas jurídicas ou a profissionais para o exercício de suas atividades;
>
> Art. 3º A AFE é exigida de cada empresa que realiza as atividades de armazenamento, distribuição, embalagem, expedição, exportação, extração, fabricação, fracionamento, importação, produção, purificação, reembalagem, síntese, transformação e transporte de medicamentos e insumos farmacêuticos destinados a uso humano, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes, **saneantes** e envase ou enchimento de gases medicinais.
>
> Art. 10 [...]
> §1º A AFE deve ser peticionada por cada empresa que realiza atividades com medicamentos, insumos farmacêuticos, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes, utilizando-se o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da matriz da empresa, e é extensiva a todos os estabelecimentos filiais.

De igual modo, a jurisprudência já se manifestou a respeito da AFE:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO (AFE/ANVISA) PARA HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO. EDITAL DO PREGÃO. PREVISÃO. RESOLUÇÃO ANVISA. **ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO.** NATUREZA DO OBJETO LICITADO. AFE COGENTE. DESCLASSIFICAÇÃO DA LICITANTE VENCEDORA. VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO PROVIDO. 1) Segundo o inciso III do art. 5º da Resolução n.º 16/2014 da ANVISA, não é exigida a Autorização de Funcionamento (AFE) dos estabelecimentos ou empresas que

> realizam o comércio varejista de cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes. 2) Embora a licitante declarada vencedora tenha por objeto o exercício de atividade varejista, o Edital do pregão presencial n.º 000009/2015 da Prefeitura Municipal de Marataízes estabeleceu a exigência de o licitante vencedor apresentar AFE. 3) Além disso, o inciso VI do art. 2º da Resolução n.º 16/2014 da ANVISA estabelece que o comércio em quaisquer quantidades realizado entre pessoas jurídicas tem natureza de distribuição ou atacadista, e não varejista**. 4) Para a empresa que realize atividade de distribuição de medicamentos e insumos farmacêuticos destinados a uso humano, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes, saneantes e envase ou enchimento de gases medicinais, o artigo 3º da Resolução n.º 16/2014 da ANVISA exige a Autorização de Funcionamento (AFE)**. 5) Logo, considerando que o objeto do pregão consiste na escolha da melhor proposta para registro de preços para aquisição de fraldas descartáveis, em atendimento à Secretaria Municipal de Saúde (gênero no qual estão insertas as fraldas descartáveis, ex vi da definição contida no RDC N.º 211/2005 e no item 1.2 da Portaria n.º 1.480/90, ambos da ANVISA), envolvendo, portanto, pessoas jurídicas, conclui-se, em cognição sumária, que a **referida aquisição licitada subsume-se à definição de distribuição ou comércio atacadista, e não de comércio varejista,** mister para o qual é cogente a apresentação da AFE. 6) Por conseguinte, tendo em vista que a licitante vencedora não apresentou a competente Autorização de Funcionamento (AFE), nos termos da alínea m do item 10.2.1 do instrumento convocatório, revela-se aplicável, a priori, a hipótese de desclassificação estabelecida no item 10.4 do edital. 7) Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41 da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital (STJ - AgRg no AREsp 458436/RS – Segunda Turma - Ministro HUMBERTO MARTINS - DJe 02/04/2014). 8) Recurso provido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, por maioria, dar provimento ao recurso. Vitória, 23 de fevereiro de 2016. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADOR RELATOR)

O julgado é claro ao reconhecer que para distribuição de saneantes é obrigatória a AFE. Além disso, ressalta que a aquisição desses materiais por licitação – considerando a quantidade e a relação entre pessoas jurídicas – caracteriza distribuição e, portanto, deve ser exigido a AFE.

O próprio TCEMG já se manifestou sobre caso semelhante e reconheceu a necessidade do AFE:

> Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: I) julgar procedente a denúncia oferecida em face do Processo Licitatório n. 011/2022 – Pregão Eletrônico n. 005/2022, deflagrado pelo Município de Pai Pedro, em razão do descumprimento do disposto no art. 30, IV, da Lei n. 8.666/93, pela não exigência, como requisito de habilitação técnica, de apresentação da Autorização de Funcionamento (AFE) pelos fornecedores de produtos cosméticos, de higiene pessoal e outros correlatos, em conformidade com a Resolução da Diretoria Colegiada – **RDC n. 16, de 1º/04/14**, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); II) deixar de aplicar multa aos responsáveis pelas razões expostas na fundamentação; III) recomendar aos gestores que, nos próximos certames com objeto semelhante, **façam constar no ato convocatório a obrigatoriedade de apresentação da Autorização de Funcionamento (AFE) expedida pela Anvisa**, para aquisição de produtos do ramo pertinente a cosméticos, higiene pessoal e outros correlatos; (TCEMG Denúncia 1114784)

Do mesmo modo, o alvará sanitário e de funcionamento devem ser requisitados às licitantes que distribuirão os saneantes, conforme dispõe o art. 28 da RDC 16/2014 Anvisa:

> Art. 28. Os importadores, **distribuidores**, armazenadores, transportadores e exportadores de medicamentos, insumos farmacêuticos, produtos para saúde, cosméticos, produtos para higiene pessoal, perfumes e **saneantes** e fracionadores de insumos farmacêuticos, deverão apresentar as informações gerais e cumprir os requisitos técnicos a seguir relacionados, os quais serão avaliados na **inspeção pela autoridade sanitária local competente:**
> c) **autorização ou alvará referente à localização** e ocupação, planta arquitetônica, proteção ambiental, segurança de instalações e segurança dos trabalhadores;

Dispõe, também, a Lei 6360/76:

> Art. 1º - Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, **saneantes** domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos. [...]
> Art. 68. A ação de **vigilância sanitária** abrangerá todo e qualquer produto de que trata esta Lei, inclusive os dispensados de registro, os correlatos, os estabelecimentos de fabricação, **distribuição**, armazenamento e venda, e os veículos destinados ao transporte dos produtos.

Por conseguinte, pugna-se para que seja incluído no edital a apresentação da AFE e alvará sanitário/funcionamento para fins de qualificação dos itens saneantes.

b) DA INADEQUAÇÃO DO PRAZO DE ENTREGA

O Edital, ao tratar sobre os prazos de entrega, impõe que deverá ocorrer em um período máximo de 5 dias:

> **12.1.3.** Os materiais devem ser entregues em até 05 dias corridos, a contar a partir do recebimento da Ordem de Fornecimento, assinada pelas partes e de acordo com as exigências contratadas.

Ocorre que o citado prazo é insuficiente e não está adequado às práticas e necessidades do mercado.

Apesar de ser discricionária a fixação de prazo de entrega, a Administração deve observar, obrigatoriamente, os parâmetros do mercado e, também, respeitar a competitividade, estabelecendo período razoável para que o maior número de empresas participe.

O art. 15, III, da Lei 8.666/93, delimita que as compras realizadas pelo Poder Público devem estar alinhadas com as condições do setor privado:

> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...]

> III - **submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado**;

Por conseguinte, a fixação de prazo para entrega de produtos deve respeitar a prática do mercado privado, o que não foi feito na presente licitação. 5 dias para todo o processo de entrega é um prazo exíguo.

Além disso, há uma afronta à competitividade do certame, pois, ao estabelecer o referido período, somente empresas mais próximas e com fornecedores na mesma região conseguiriam cumprir o prazo de entrega.

Empresas distantes, com fornecedores em outras localidades, não estariam aptas a entregar em 5 dias, o que configura violação ao art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93:

> Art. 3º
> § 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;

O TCEMG reconhece a violação da competitividade quando se concede prazo exíguo de entrega:

> DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. PRAZO EXÍGUO PARA ENTREGA DOS PRODUTOS. AUSÊNCIA DE PLANILHAS DE QUANTITATIVOS E PREÇOS UNITÁRIOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E O CONTRATO FIRMADO. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DE MULTAS AOS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÕES. 1. **A EXIGÊNCIA DE PRAZO EXÍGUO PARA A ENTREGA DOS PRODUTOS RESTRINGE O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME, POR INVIABILIZAR A PARTICIPAÇÃO**

> **DE EMPRESAS QUE NÃO ESTEJAM SEDIADAS NO MUNICÍPIO, ALÉM DE DENOTAR AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO DA PREFEITURA, O QUE LEVA À ADOÇÃO DE PROCEDIMENTOS EMERGENCIAIS, SEM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E BÁSICOS DA LICITAÇÃO.** 2. É IMPORTANTE QUE CONSTEM DAS COTAÇÕES, ALÉM DO MONTANTE GLOBAL, O PREÇO INDIVIDUAL DOS PRODUTOS QUE SE PRETENDE ADQUIRIR, GARANTINDO-SE A TRANSPARÊNCIA DA CONTRATAÇÃO E EVITANDO-SE O RISCO DE EXECUÇÃO INSATISFATÓRIA. AS PLANILHAS DE QUANTITATIVOS E PREÇOS UNITÁRIOS SÃO IMPRESCINDÍVEIS PARA A ADEQUADA FORMULAÇÃO DAS PROPOSTAS, SENDO OBRIGATÓRIA A SUA ELABORAÇÃO NO EDITAL OU NA FASE INTERNA DO PROCEDIMENTO, SOB PENA DE RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME E AO EFETIVO CONTROLE SOBRE OS GASTOS PÚBLICOS. 3. A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODE, AO SEU ARBÍTRIO, ALTERAR, NO CONTRATO, CONDIÇÃO APRIORISTICAMENTE DEFINIDA NO EDITAL E QUE INCUTIU NO PARTICULAR CONFIANÇA QUANTO AO SEU CUMPRIMENTO NA FORMA ANUNCIADA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AOS PRIMADOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ E AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, PREVISTO NOS ARTS. 3º E 41, AMBOS DO ESTATUTO NACIONAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.
>
> (TCE-MG - DEN: 912078, Relator: CONS. SUBST. HAMILTON COELHO, Data de Julgamento: 20/09/2016, Data de Publicação: 30/06/2017) (g.n.)

Portanto, em respeito à competitividade do certame e às práticas de mercado, o prazo aceitável para o contexto deve ser fixado em **30 dias**, com o fim de possibilitar que empresas e fornecedores mais distantes participam e não incorram em descumprimento contratual posteriormente.

3. DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer-se o recebimento e provimento desta Impugnação para que:

a) Seja inserido no edital a necessidade de apresentar, para fins de habilitação, a AFE, e o alvará sanitário/funcionamento;

b) Ademais, deve-se fixar o prazo máximo de 30 dias para efetivação da entrega dos itens.

Não sendo acolhidos os pedidos, desde já, informa que representará ao Tribunal de Contas competente e apresentará denúncia aos demais órgão de controle.

Nesses termos, pede e espera deferimento.

Londrina, dia 31 de outubro de 2023.

Rafael Carvalho Neves dos Santos
OAB/PR n° 66.939

WELLINGTON GARCIA:09432599914
Assinado de forma digital por WELLINGTON GARCIA:09432599914
Dados: 2023.10.31 13:52:00 -03'00'

Wellington Garcia
OAB/PR 108.912