

PREGÃO PRESENCIAL N.º 004/2020
Assunto: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL
Impugnante: GIZELLE CARVALHO DE SOUSA ME

Resposta a Impugnação

A Pregoeira Municipal, vem responder ao pedido de impugnação do Edital n.º 004/2020, impetrado pela empresa GIZELLE CARVALHO DE SOUSA ME, com base no Art. 41, parágrafo 2º e 3º, da lei 8.666/93 e suas posteriores alterações e Art. 12, do Decreto n.º 3.555/2000.

DAS RESPOSTAS

Preliminarmente há que se esclarecer que a referida impugnação não tem efeito de recurso, portanto não há que se falar em efeito suspensivo, tampouco sua remessa a autoridade superior, tem a comissão de licitação nesta fase processual, todos os poderes para averiguação de quaisquer contestações que se façam ao texto editalício, decidindo sobre cada caso, conforme a legislação pertinente.

Podemos concluir desta forma pelas recomendações do art. 41, parágrafo segundo, também citado pela impugnante, senão vejamos:

§ 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 viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94) (grifamos).

O Art. 41, parágrafo segundo alíneas é taxativo, a comunicação de impugnação do edital não terá efeito de recurso, portanto não terá efeito suspensivo.

Contesta a impugnante em primeiro ponto a exigência do item IV.II, taxando de inviável o quesito de habilitação alegando que a atribuição de tratar desse tema é da Anvisa, que não competência do Município para tal, alega que o órgão federal tem poder de polícia, alega também que não há exigência de AFE na Anvisa para distribuição dos gases objeto da licitação e por fim que a lei de licitações vigente em seus Art.º 27 a 31 não prevê a possibilidade para tal exigência, pois trazem a expressão limitar-se-á, com força excludente para quaisquer outros documentos. RQ

Em resposta a impugnante objetivamente esclarecemos, que nunca é demasiada qualquer contestação, e que a exigência contida no edital em análise, quanto a exigência de AFE emitida



pela ANVISA para as empresas licitantes, compatível com o objeto da licitação, tem base legal, mormente no Art. 30, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 e suas alterações.

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

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Notemos que os textos das normas citadas até mesmo pela impetrante são esclarecedores, mormente quando a norma da RDC nº 16/2014, é clara ao prever que deverá ter a AFE para empresas que entre outras atividades distribuam medicamentos e insumos farmacêuticos destinados ao uso humano.

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. (grifamos)

É salutar aqui demonstrar que gás medicinal é medicamento segundo conceito da própria Anvisa, que pode-se verificar no site <http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/medicamentos/produtos/gases-medicinais/informacoes-gerais>, senão vejamos:

1. O que são gases medicinais?

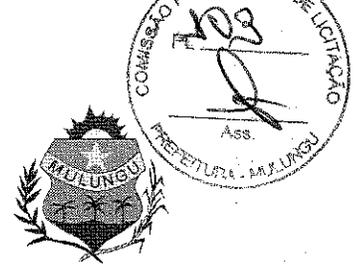
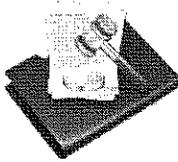
São medicamentos na forma de gás, gás liquefeito ou líquido criogênico isolados ou associados entre si e administrados em humanos para fins de diagnóstico médico, tratamento ou prevenção de doenças e para restauração, correção ou modificação de funções fisiológicas.

Os gases medicinais são utilizados em hospitais, clínicas de saúde ou outros locais de interesse à saúde, bem como em tratamentos domiciliares de pacientes.

São exemplos de gases medicinais: oxigênio medicinal; ar sintético medicinal; óxido nitroso medicinal e dióxido de carbono medicinal.

Noutro ponto, é importante esclarecer que a RDC nº 32/2011 trata da AFE para empresas fabricantes e envasadoras de gases medicinais, conforme a seguir. RQ

Art. 2º Esta resolução estabelece os critérios mínimos a serem cumpridos pelas empresas fabricantes e envasadoras de gases medicinais, para fins de autorização de funcionamento de empresa.



Outrossim, é forçoso concluir que a RDC n° 31/2011 trata do regramento para emissão de AFE para empresas fabricantes e envasadoras de gases medicinais e que a RDC n° 16/2014, trata da AFE para empresas que entre outras atividades distribuam medicamentos e insumos farmacêuticos destinados ao uso humano, onde se incluem os gases medicinais, como já demonstrado.

É claro e inequívoco o que se prega aqui, a lei não comporta palavras inúteis, porém não é mister que se interprete a legislação da forma que dela se quer tirar proveito, há que se coadunar com a realidade e a lógica de sentido que está implícita nesta, ou seja, se o edital exige, quem julga a licitação deverá cumprir, não sendo desta forma, cometer-se-á ilegalidade.

Isto posto, não há que se falar em entendimento diverso, é a máxima: *“Não é dado ao intérprete alargar o espectro do texto legal, sob pena de criar hipótese não prevista”* (Ivan Rigolin).

O professor Toshio Mukai, pontua *“Onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo”*.

Isto posto, comprova-se a legalidade das exigências supra, e neste caso em havendo o descumprimento destas exigências por parte de qualquer licitante o ônus será a inabilitação sumária.

Em análise aos textos alhures, percebemos que não há como se cogitar a ausência dessa exigência no edital regedor, ou seja, atividades atinentes ao objeto desta licitação, estão submetidas a fiscalização da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

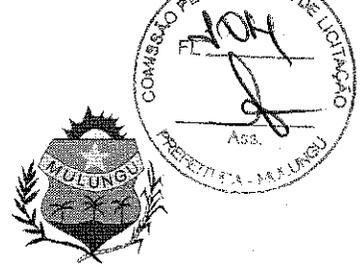
Notadamente é evidente a legalidade da exigência em tela, posto que a Legislação sanitária citada consiste em norma especial para o caso, estando então em obediência ao Art. 30, inciso IV, da Lei n° 8.666/93 e suas alterações, c/c art. 9° da Lei n° 10520/2002.

A lei de licitações deverá ser aplicada em sua amplitude, principalmente com as demais normas vigentes e originárias, as constitucionais, portanto, em relação à legitimidade da referida exigência e, a respeito da sua legalidade, analisemos a luz da indispensabilidade contida no Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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. (grifamos).

Este é o comando legal, esta é a interpretação da melhor doutrina administrativista pátria acima arrolada, este é o entendimento da jurisprudência, inclusive administrativa, caso do Tribunal de Contas da União, como se apontou, que deve ser observada por imperativos indeclináveis para o administrador público e que são, exatamente, seu dever de preservar o interesse público e, isto, porque, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

“À Administração não convém atirar-se em negócios aleatórios. Não pode envolver-se em riscos que tragam incertezas quanto ao efetivo cumprimento dos encargos que poderão incidir sobre a parte vencedora. O interesse público, a continuidade do serviço, não se compadecem com álea que deriva de avença travada com que pudesse comprometer, por insuficiência econômica ou técnica, a satisfação dos superiores interesses curados pelo Poder Público.”

A administração no zelo pela coisa pública e em prol do interesse público deverá sempre que a licitação ensejar o dispêndio de vultuosas quantias, exigir e certificar-se que o futuro contratado possui condições de tocar o pretenso contrato.

A nosso ver, poderia até ser considerada desídia dessa Administração deixar de exigir tais condições das empresas licitantes, face à complexidade do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descurar.

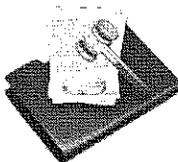
Sequer poder-se-ia afirmar, neste caso, que as exigências editalícias seriam restritivas da competição, nos termos do art. 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93.

Com efeito, proclama o mencionado artigo:

“§1º do art. 3º. É vedado aos agentes públicos:

I-admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabelecem preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede, ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato” (grifo nosso).

Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam *legais, pertinentes e relevantes* ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a *ratio legis*.



O renomado Marçal Justen Filho, diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei em tela:

"O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações)".

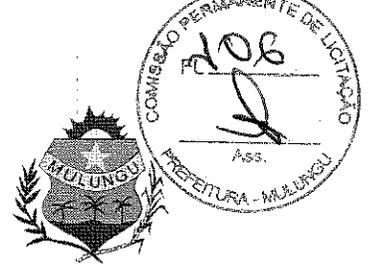
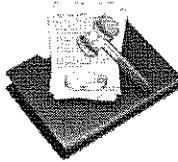
Um pouco mais adiante diz:

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir"

Ademais, as exigências ora contestadas, nada mais objetivam, que o zelo desta Administração é contratar somente com fornecedores que tenham condição *técnica* e econômico-financeira, comprovadas ainda na licitação, de atenderem na íntegra a contratação que derivará de tal procedimento.

Tais objetivos, aliás, estão muito bem delineados por Verri Jr., Luiz Tavolaro e Teresa Arruda Alvim Wambier, quando afirmam:

"(...) o processo licitatório deve servir para verificação das 'qualificações técnica e econômica'"(dentre outras) *"do licitante. Não é difícil entender o porquê dessa previsão. Basta lembrar que os contratos administrativos envolvem o dispêndio de recursos públicos e destinam-se a obter prestações de interesse público - recursos e interesses estes que não podem ser colocados em risco. Logo, ao escolher seu parceiro contratual, a quem vai entregar dinheiro público e confiar a persecução do bem público, o Poder Público pode - e deve - formular exigências destinadas a obter excelente garantia de que o contratado está apto, tanto técnica como economicamente, a cumprir o avençado. Deixar de fazê-lo seria violar a Constituição, colocando em risco valores por ela especialmente protegidos. Assim, no contrato administrativo justifica-se uma cautela redobrada, um rigor especial, na escolha do contratado. Não é possível celebrar contrato com pessoa incapaz de oferecer, já durante a licitação, garantias de que terá capacidade econômica de tocar o*



empreendimento, bem como capacidade técnica para fazê-lo com competência. A formulação, nos editais de licitação, de exigência a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional;...trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas) sobre o interesse privado (a saber: o de obter o máximo possível de negócios)."(grifou-se) In Licitações e Contratos Administrativos; São Paulo : RT, 1999, p. 100.

DA DECISÃO

Diante do exposto esta pregoeira nega o pedido da empresa GIZELLE CARVALHO DE SOUSA ME, de impugnação ao Edital nº 004/2020, tendo em vista justificadas à margem dos enunciados acima, as alegativas da mesma para o caso em comento.

Mulungu - Ce, 03 de Janeiro de 2020

Sulamita da Silva de Abreu.
Pregoeira

PREFEITURA MUNICIPAL DE MULUNGU
Sulamita da Silva de Abreu
Presidente da CPL
CPF: 036.007.613-07